

OBSERVATIONS CRITIQUES
SUR LE
CODE CIVIL CHILIEN

TITRE PRÉLIMINAIRE -- LIVRE I : DES PERSONNES

THÈSE POUR LE DOCTORAT

présentée et soutenue le Lundi 10 mars 1930, à 14 heures

PAR

Luis BARRIGA ERRAZURIZ

Président : M. LÉVY-ULLMANN

<i>Suffragants</i>	{	MM. RIPERT CASSIN	}	<i>Professeurs</i>
--------------------	---	----------------------	---	--------------------

PARIS

Librairie Arthur ROUSSEAU

ROUSSEAU & C^{ie}, Editeurs

14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13

1930

Errazuriz.

THÈSE POUR LE DOCTORAT

La Faculté n'entend ni approuver, ni désapprouver les opinions émises dans les thèses, ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

OBSERVATIONS CRITIQUES
SUR LE
CODE CIVIL CHILIEN

TITRE PRÉLIMINAIRE -- LIVRE I : DES PERSONNES

THÈSE POUR LE DOCTORAT

présentée et soutenue le Lundi 10 mars 1930, à 14 heures

PAR

Luis BARRIGA ERRAZURIZ

Président : M. LÉVY-ULLMANN

<i>Suffragants</i>	{	MM. RIPERT CASSIN	}	<i>Professeurs</i>
--------------------	---	----------------------	---	--------------------

PARIS

Librairie Arthur ROUSSEAU
ROUSSEAU & C^{ie}, Editeurs

14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13

1930



ABRÉVIATIONS

C. Ch.	Code civil chilien promulgué le 14 décembre 1855.
L. M. C.	Loi chilienne sur le mariage civil du 10 janvier 1884.
C. F.	Code civil français, composé de trente-six lois délibérées et votées entre 1800 et 1804, réunies en un corps unique par la loi du 30 ventôse an XII (21 mars 1804).
C. Allemand	Code civil allemand, promulgué le 18 août 1896.
C. Autrichien	Code civil autrichien promulgué le 1 ^{er} juin 1811, modifié en 1914-1916.
C. Brésilien.....	Code civil des Etats-Unis du Brésil promulgué le 1 ^{er} janvier 1916, corrigé par la loi du 15 janvier 1919.
C. Espagnol	Code civil espagnol promulgué le 6 octobre 1888, rectifié par la loi du 26 mai 1889.
C. Italien	Code civil italien promulgué le 25 juin 1865.
C. Portugais	Code civil portugais promulgué le 1 ^{er} juillet 1867.
C. C. Suisse	Code civil suisse adopté le 10 décembre 1907.
Projet franco-italien	Projet de Code des obligations et de contrats Texte approuvé à Paris en octobre 1927.
C. Bufnoir, etc.	Code civil allemand traduit et annoté par MM. C. Bufnoir, P. Cazelles, J. Challamel, J. Drioux, F. Gény, P. Hamel, H. Levy-Ullmann et R. Saleilles, 4 vol., Paris, 1904-1914. Le volume 4 contient la Loi d'Introduction traduite par MM. L. Lyon-Caen et Edgard Sée et la Loi d'exécution en Alsace-Lorraine, traduite par M. R. Morel.
E. Jenks, etc.	Digeste de droit civil anglais par MM. Edouard Jenks, G. M. Geldart, R. W. Lee, W. S. Holdsworth, J. C. Miles; traduction française de MM. T. Baumann et P. Goulé 2 vol., Paris, 1923.
R. Réau, etc.	Les lois suédoises sur le mariage, traduites en français par R. Réau, G. Forssius et R. Martin, Paris, 1925.

Note. — On trouvera dans la bibliographie les éditions et traductions des Codes cités.

INTRODUCTION

INTRODUCTION

§ I. La réforme et l'unification du droit privé de l'Amérique latine

1. Le droit privé de l'Amérique Latine, et spécialement le droit civil, contenu dans des Codes rédigés, pour la plupart, dans la seconde moitié du XIX^e siècle, est resté longtemps stationnaire. Eloignées du centre du monde, les républiques américaines ne reçurent que tardivement l'influence des idées nouvelles; l'évolution était difficile et le progrès s'opérait avec lenteur. Mais, depuis quelques années, la situation s'est modifiée. Dès facteurs bien connus ont produit le changement.

La mise en valeur de grandes richesses naturelles, due surtout à l'expansion économique des Etats-Unis et la contribution apportée par le commerce et l'industrie étrangère ont modernisé la vie dans les différents pays d'Amérique. — Des moyens de communication de toute sorte rendent chaque jour plus facile le rapprochement des peuples. — La Société des Nations a intensifié la coopération internationale et a contribué, dans une mesure appréciable, au développement de la légis-

lation sociale. — L'état de choses, qui tire son origine de la conflagration mondiale, a donné lieu à une floraison de législations nouvelles : la Russie Soviétique a promulgué des lois connues par la hardiesse de leurs réformes; la Turquie, rompant avec un passé séculaire, a adopté presque littéralement le Code suisse; la Pologne et la Hongrie, la Roumanie, la Yougoslavie et la Tchécoslovaquie ont promulgué de nombreuses lois et préparent de nouveaux Codes; de son côté, l'Autriche avait déjà achevé en 1916 la révision de son vieux Code Civil et, en Italie, on change actuellement toute la législation¹.

Les faits que nous venons d'énoncer, auxquels on doit ajouter l'influence remarquable exercée sur l'esprit des juristes par le Code allemand et par la législation suisse, ont engendré, à travers le continent américain, un intense mouvement législatif. Pour nous en tenir au droit civil et pour ne pas citer d'autres exemples, nous rappelons que le Brésil a promulgué en 1916 un code civil qui est considéré aujourd'hui comme l'un

1. Consulter les communications suivantes faites à la *Société de législation comparée*, publiées dans son *Bulletin* : R. Secrétan, *Le nouveau code civil turc*, 1926-1927, p. 361 et s.; L. Babinski, *L'état actuel de la codification en Pologne*, 1924-1925, p. 458 et s. et 1925-1926 p. 139 et s.; H. Capitant, *La législation de la Pologne depuis sa libération jusqu'à 1928*, 1927-1928, p. 411 et s. E. Vadasz, *Le projet de code civil hongrois*, 1927-1928, p. 375 et s. et *La législation d'après-guerre en Hongrie*, 1928-1929 p. 275 et s.; A. Polinger, *L'unification législative en Roumanie*, 1927-1928, p. 393 et s.; J. Péritch, *De l'unification du droit civil en Yougoslavie*, 1925-1926, p. 477 et s.; J. Sedlacek, *La codification du droit civil en Tchécoslovaquie*, 1924-1925 p. 137 et s.; M. de Gallaix, *Quelques observations sur le code civil autrichien révisé*, 1925-1926, p. 501 et s.; E. Barda, *Les principales réformes fascistes*, 1927-1928, p. 278 et s.

des plus parfaits; le Vénézuéla a renouvelé deux fois son code civil, en 1916 et en 1922; Panama s'est donné, en 1917, un code civil progressiste; le Mexique vient de rédiger un code civil imprégné des idées modernes, qui n'est pas encore en vigueur; à Cuba on travaille à la préparation d'un projet de code civil; enfin, en Argentine, depuis 1926, la révision du code civil est étudiée par une commission, dont l'un de ses membres, M. Bibiloni, publie, à l'heure actuelle, un avant-projet de réforme.

Ce mouvement de rénovation législative a atteint aussi le Chili. En 1925, une période de réformes a commencé; dans l'ordre politique, économique et social, des lois importantes ont été édictées. Même le code civil, qui, sauf par la loi de 1884 qui sécularisa le mariage, n'avait pas été directement touché depuis sa promulgation en 1855, a reçu quelques modifications : la loi du 12 mars 1925 a atténué l'incapacité des femmes, a assuré à la femme mariée le produit de son travail et a permis de stipuler dans le contrat de mariage la séparation totale des biens; la loi du 18 octobre 1928 a modifié dans une certaine mesure les droits de la puissance paternelle. Mais des réformes isolées ne sont pas suffisantes, et il ne s'écoulera pas un long temps sans qu'une révision d'ensemble du Code civil soit envisagée.

2. A côté du mouvement de réforme qui existe à l'heure actuelle dans chacune des républiques améri-

caines, il y en a un autre qui doit retenir notre attention : c'est celui vers *l'unification internationale du droit privé*. Dans l'Amérique Latine siègent vingt républiques unies par l'origine et par la communauté d'intérêts de tout ordre, par l'uniformité de langue, de traditions et de mœurs, par l'analogie de l'organisation politique et du système juridique. Le continent américain est donc une terre de prédilection pour tenter l'unification du droit.

Quoique l'idée d'unifier le droit privé américain ait été accueillie de bonne heure par les publicistes, ce n'est que dernièrement qu'elle a reçu une consécration solennelle. La Commission de Jurisconsultes réunie à Rio de Janeiro en 1927 avait adopté une décision tendant à recommander à l'approbation de la prochaine Conférence Panaméricaine, la résolution suivante : « En dehors du Bureau ou Commission que l'on doit créer pour l'étude du Droit Comparé et pour l'unification des lois, l'Union Panaméricaine devrait nommer une Commission composée de trois jurisconsultes versés dans les législations civiles des pays d'Amérique, afin qu'ils procèdent à l'étude de ces législations et publient le résultat de leurs travaux. Elle établirait, en outre, un projet de législation civile uniforme pour les pays d'Amérique, notamment de l'Amérique Latine; aussi bien, chercherait-elle les meilleurs moyens d'obvier aux inconvénients résultant de la diversité des législations là où elles présentent un caractère irréductible ».

La Sixième Conférence Panaméricaine, réunie à La

Havane au début de 1928, acceptant la suggestion de la Commission de Jurisconsultes de Rio de Janeiro, décida de créer un Comité permanent à La Havane « en vue des travaux de législation comparée et d'unification des législations », et de constituer, s'il est opportun, une Commission de jurisconsultes versés dans la connaissance des législations civiles des pays d'Amérique, « à l'effet de procéder à l'étude desdites législations et de rédiger un projet de législation civile uniforme pour les pays d'Amérique, spécialement de l'Amérique Latine, en choisissant les moyens d'éviter les inconvénients de la diversité des législations ».

La voie est donc ouverte. La tâche assurément sera longue et difficile et le succès est même très incertain, parce que, à côté d'un ensemble de conditions particulièrement favorables, il y a des obstacles à vaincre. Les résultats dépendront en grande partie de la méthode à suivre dans les travaux d'unification¹. Mais si l'on regarde à l'extérieur, on trouve des exemples encourageants : La codification actuellement en vigueur en France, en Italie, en Espagne, en Allemagne, en Suisse, n'est que le résultat de l'unification des droits appliqués auparavant dans les différentes sections du territoire de ces pays.— Les nations scandinaves ont unifié leurs législations dans certaines matières². A l'intérieur

1. R. Demogue, *L'unification internationale du droit privé*, Paris, 1927, p. 117 et s.

2. R. Demogue, *loc. cit.*, 1927, p. 49 et s.

de la Pologne, de la Roumanie, de la Yougoslavie, de la Tchecoslovaquie, pays où il y a diversité de races et de législations, on est en train de réaliser une œuvre importante d'unification¹. Le rapprochement de l'Allemagne et de l'Autriche s'est traduit par une tendance très accentuée vers l'unité législative. Aux Etats-Unis, la Commission d'uniformité des lois (*Commission on uniform State Law*) s'efforce de fondre et d'unifier les droits des différents Etats de l'Union². Enfin et surtout, les Comités français et italien, constitués en vue de l'union législative, ont abouti à la rédaction d'un projet commun de Code des obligations et des contrats, à la préparation duquel ont pris part les plus éminents juristes des deux pays intéressés³. Une fois mis en vigueur en France et en Italie, il ne serait pas exagéré de penser que son adoption par les pays de l'Amérique Latine pourrait constituer le premier grand pas vers l'unification du droit du continent.

3. Afin d'apporter une très modeste contribution à

1. V. Communications faites à la *Société de Législation comparée*, citées dans la note de la p. 12.

2. Rey, *La Commission américaine d'uniformité des lois d'Etats* (Bibliothèque de l'Institut de droit comparé de Lyon) 1927; Communication de M. P. Lépaulle sur *L'unification des Droits aux Etats-Unis*, *Bulletin de la Société de législation comparée*, 1922-1923, p. 89 et s.

3. *Projet de Code des obligations et des contrats*. Texte définitif approuvé à Paris en octobre 1927. Publié en français et en italien précédé d'un rapport, Rome, 1928. On peut consulter au sujet de ce projet : les communications de MM. F. Larnaudé et A. Ascoli, *Bulletin de la Société de législation comparée*, 1926-1927, p. 207 et s.; un article de M. H. Capitiant dans le *Bulletin de la Société d'études législatives*, 1918, p. 177 et s.; texte de l'avant-projet, publié dans le *Bulletin de la Société d'études législatives*, 1925 p. 255 et s. et 293 et s.

la réforme de notre législation civile et indirectement aussi à la préparation du futur code américain, nous avons entrepris l'analyse critique et comparative du Code civil chilien. Comme cette étude déborde le cadre d'une thèse de doctorat nous présentons devant la Faculté un extrait de la première partie contenant l'examen du Titre préliminaire et de quelques matières du droit des personnes. Nous avons rapproché le Code chilien du Code français en faisant ressortir leurs analogies et leurs différences, travail utile pour le Chili, où l'influence de la doctrine française est si considérable. Nous avons tenu compte aussi, dans la mesure du possible, du code italien, du code espagnol, du code portugais, du code allemand, du code civil suisse, du code brésilien, du droit anglais, de la législation soviétique, des lois scandinaves sur le mariage, du projet franco-italien de code des obligations et des contrats, etc. Nous espérons que la difficulté de cette étude sera prise en considération pour disculper le faible résultat de notre effort.

§ II. Le Code civil chilien.

4. Historique¹. — Pendant la domination espagnole, le Chili, de même que les autres colonies d'Amérique, était régi par les lois de la métropole, complétées et modifiées par une législation spéciale. Entre les corps de lois plus importants applicables au Chili, on peut

1. L. Claro, *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado*, t. I, n° 16 et s.; A. Barros, *Curso de derecho civil*, t. I, p. 21 et s.

citer *las Siete Partidas*, la *Recopilación de Indias* et la *Novísima Recopilación*.

Aussitôt la consolidation de l'indépendance, au début du XIX^e siècle, les organisateurs de la république du Chili prirent l'initiative d'édicter des lois plus adéquates que celles qui étaient en vigueur au moment de la séparation avec l'Espagne. En ce qui concerne le droit civil, à partir de 1818, on essaya à plusieurs reprises de commencer la préparation d'un Code civil, mais les tentatives ne donnèrent pas de résultat jusqu'au moment où le travail de codification fut entrepris par Andrés Bello. Juriste et philosophe illustre, ainsi que grammairien renommé, Bello était la personne la plus indiquée pour doter le Chili d'un code civil¹. Après de longues études, en 1852, il présenta un projet au gouvernement qui nomma une commission de jurisconsultes pour le reviser. Une fois terminés les travaux de cette commission, qui apporta plusieurs changements au projet, le texte définitif fut soumis au Parlement, qui l'approuva sans aucune modification. Le Code fut promulgué le 14 décembre 1855 et il entra en vigueur le 1^{er} janvier 1857.

5. L'expansion du Code civil chilien. — Le Code civil chilien est celui dont l'influence a été la plus considérable dans l'œuvre de la codification américaine. La

1. Les œuvres complètes d'Andrés Bello ont été publiées en 15 vol., Santiago du Chili, 1881-1893. Sa biographie a été écrite par M. L. Amunátegui, Santiago du Chili, 1882.

Colombie et l'Equateur l'ont adopté avec quelques modifications; le Code civil de l'Uruguay l'a suivi de près; le Code civil argentin lui a emprunté de nombreux articles; au Brésil, le jurisconsulte Freitas le cite fréquemment dans son avant-projet (*Esboço*), qui est l'une des sources du récent code civil; etc. Connaître le Code chilien, c'est donc connaître une bonne partie du droit civil américain.

L'expansion du Code civil chilien est due à ses qualités. L'auteur du code, n'oubliant pas le milieu pour lequel il légiférerait, avait tenu compte de la législation en vigueur pour ne pas occasionner de brusques changements. Les dispositions du Code chilien, rédigées avec une clarté remarquable, ne sont pas la copie littérale des articles du Code français, comme on le dit souvent à tort des codes civils de l'Amérique Latine. On a emprunté, en lignes générales, le cadre du Code français et un grand nombre de ses articles, mais on s'est écarté à beaucoup d'égards de ses solutions; dans certaines matières on a adopté un système entièrement différent de celui du Code Napoléon et, même dans les parties où on l'a suivi, on a comblé ses lacunes et on a évité les difficultés en améliorant les dispositions de ce code. A l'époque de sa promulgation, on jugeait le Code chilien comme l'un des plus parfaits du point de vue juridique et, sous l'aspect sociologique, il était en harmonie avec l'état du pays qu'il devait régir.

6. Les sources. — Dans le projet du Code chilien figurent des notes dans lesquelles on signale l'origine des articles. Les sources indiquées peuvent être ainsi résumées :

a) Le Code français. Dans les notes on cite Pothier, Merlin, Rogron, Delvincourt, auxquels on doit ajouter d'autres jurisconsultes qui ne sont pas mentionnés mais dont les opinions avaient été consultées également tels que Troplong, Toullier, Duvergier, Delangle, Duranton.

b) Les lois espagnoles et, spécialement, *las Siete Partidas* et *la Novísima Recopilación*. On mentionne aussi le projet de code espagnol de F. García Goyena et parmi les auteurs, on cite López, Gutiérrez, Tapia, Matienzo, etc...

c) Le droit romain. Le Code chilien s'est fortement inspiré du droit romain. On trouve souvent dans les notes l'indication des textes du *Corpus Juris Civilis* et des références à l'œuvre de Savigny.

d) Les Codes civils autrichien, prussien, hollandais et d'autres moins importants. Parfois on a pris en considération le droit anglo-saxon et on indique, comme source, le *Kent's Commentaries* et quelques collections de Reports.

7. Le contenu et le plan. — Le Code chilien compte 2.525 articles. Il est donc plus développé que le Code français qui contient seulement 2.281 articles. C'est

que le Code chilien est plus détaillé et il traite de matières qui n'ont pas été réglementées dans le Code Napoléon, telles que les personnes juridiques, les actions possessoires, la revendication, la pétition d'hérédité, etc... Par contre, le Code chilien n'a pas réglementé les actes de l'état civil ni l'adoption, qui ont été l'objet de dispositions dans le Code français. De même que celui-ci, le Code chilien ne s'est pas occupé non plus du nom, de la propriété littéraire ou artistique, du contrat d'assurance, du contrat d'édition, etc...

En ce qui concerne le plan, le Code chilien comprend un titre préliminaire et quatre Livres dont le contenu est le suivant : Livre I : *Des personnes*; Livre II : *Des biens et de leur propriété, possession, usage et jouissance*; Livre III : *De la succession par cause de mort et des donations entre vifs*; Livre IV : *Des obligations en général et des contrats*.

A la différence du Code français, on a destiné un livre spécial aux successions, ce qui est plus logique. Mais, quant à la distribution des matières dans les différents livres, le Code chilien n'a pas corrigé plusieurs défauts fréquemment signalés dans le Code français : la plus grande partie de la réglementation du régime matrimonial a été donnée dans le livre des obligations et des contrats, au lieu de figurer dans le droit de famille; les donations entre vifs, qui sont de véritables contrats, apparaissent dans le Livre des successions; l'hypothèque, au lieu d'être parmi les droits réels, a été régle-

mentée dans le Livre des contrats; bien que la possession ait été l'objet d'un titre spécial dans le Livre II, on n'a pas traité dans le même Livre de l'usucapion, qui est un mode d'acquisition de la propriété; on l'a mal placé à la fin du Code dans le même titre que la prescription extinctive.

Les Codes plus modernes non seulement ont comblé les lacunes et corrigé les défauts dans la distribution des matières, mais, en outre, ils ont introduit d'importantes modifications dans le plan général.

Le C. Allemand¹ a adopté un plan qui paraît avoir été emprunté aux livres de *Pandectes*. Il n'a pas de titre préliminaire et il est divisé en cinq Livres dont le contenu est le suivant : Livre I : *Partie générale*, qui comprend des dispositions relatives aux personnes en y faisant rentrer ce qui a trait aux personnes juridiques; quelques définitions sur les choses comme objets du droit; la théorie de l'acte juridique; une série de définitions en matière de termes et de délais; la prescription extinctive; quelques dispositions générales sur le mode d'exercice des droits, la légitime défense et l'état de nécessité en matière de droit civil; une réglementation de la prestation de sûreté; Livre II : *Droit des rapports d'obligation*, dont les six premières Sections sont consacrées aux obligations en elles-mêmes, indépendamment des

1. R. Saleilles, *Introduction à l'étude du droit civil allemand*, XI, p. 104 et s., C. Bufnoir, etc., *Code civil allemand traduit et annoté*, t. I, Introduction, p. XVIII et s.

causes qui leur ont donné naissance et la Section septième réglemente les rapports d'obligation pris en particulier, suivant les sources d'où ils dérivent; parmi les contrats on a placé la donation; Livre III : *Du droit des choses*, comprenant la possession, la propriété et les autres droits réels; l'usucapion et l'hypothèque sont réglementées dans ce Livre; Livre IV : *Droit de famille*, qui contient le mariage, y compris le régime matrimonial légal et conventionnel, la parenté et la tutelle; Livre V : *Droit successoral*.

Le C. Brésilien a adopté le plan du C. Allemand avec quelques variations¹. Il contient une *Introduction* équivalent au Titre préliminaire du Code français. Vient ensuite la *Partie générale*, qui est plus restreinte que celle du C. Allemand, puis, la *Partie spéciale* distribuée en quatre Livres : Livre I : *Du droit de famille*; Livre II : *Du droit des choses*; Livre III : *Du droit des obligations*; Livre IV : *Du droit des successions*.

Le C. C. Suisse n'a pas suivi le plan du C. Allemand Il est ainsi divisé : *Introduction*, Livre I : *Droit des personnes*; Livre II : *Droit de la famille*; Livre III : *Des successions*; Livre IV : *Des droits réels*. Les obligations sont la matière d'un Code indépendant.

Pour rejeter l'idée d'introduire dans le Code une *Partie générale* comme celle du C. Allemand, M. E. Hu-

1. C. Bevilacqua, *Codigo Civil dos Estados Unidos do Brasil commentado*, t. I, Préliminaires, XII, n° 78 et s., p. 84 et s.; *Code civil des Etats-Unis du Brésil* traduit par MM. P. Goulé, C. Daguin et G. d'Ardenne de Tizac, Préface de M. C. Bevilacqua, p. XXVIII et s.

ber a donné plusieurs raisons dans l'Exposé des Motifs de l'Avant-Projet¹ : D'après la doctrine traditionnelle, la partie générale doit traiter de divers sujets et objets des droits, de la constitution, de l'extinction et de la substance des rapports juridiques. Mais ce groupement logique a contre lui de séparer du droit de famille le droit des personnes, qui est ainsi compris dans la partie générale; en outre, la matière du droit des choses se trouve scindée en deux, une partie étant rattachée à la théorie des choses comme objets du droit et l'autre à celle des droits réels. D'autre part, ajoute M. Huber, il est indubitable qu'on peut édicter un certain nombre de règles communes à toutes les institutions juridiques, mais il n'est pas moins vrai que des dispositions spéciales doivent être adoptées pour chacune de ces institutions, par exemple pour le droit de famille, les droits réels, le droit des obligations en général et en particulier; même les principes généraux ont une importance spéciale à l'égard d'une institution déterminée, tandis qu'ailleurs cette importance est moindre ou différente. Il était donc préférable, à son avis, d'exposer les règles générales dans la matière à laquelle elles s'appliquent principalement.

En ce qui concerne la séparation du droit des obligations du Code civil, nous devons signaler que, bien que le Code Fédéral des Obligations soit considéré comme le Livre V du Code civil suisse, il y a à la démonstra-

1. T. I, p. 18 et s.

tion d'une tendance à opposer le droit des affaires à ceux de la propriété et de la famille. Dans la nouvelle législation du Maroc, il existe aussi pour le droit des obligations et des contrats un Code spécial et, si le projet franco-italien est mis en vigueur, le droit des obligations et des contrats restera en fait séparé du Code civil, en France et en Italie.

TITRE PRÉLIMINAIRE

TITRE PRÉLIMINAIRE

8. Le C. F. commence par un Titre Préliminaire, qu'on a maintenu dans le texte définitif en dépit des critiques adressées au projet de contenir des dispositions qui auraient eu plutôt leur place dans une loi spéciale¹. Le législateur chilien, qui n'ignorait pas les reproches dont le C. F. avait été l'objet lors de sa discussion, n'a pas voulu cependant, se séparer de son modèle et il a placé en tête du Code civil un Titre Préliminaire avec des dispositions générales. Cette tradition, suivie d'ailleurs par la plupart des Codes civils modernes, a été abandonnée par le C. allemand.

Le Titre Préliminaire du C. Ch. est beaucoup plus développé que celui du C. F.; il comprend 53 articles distribués en 6 paragraphes.

SECTION I

DES SOURCES DU DROIT

§. I. La loi

9. I. **Définition.** — L'art. 1 donne une définition de la loi dans les termes suivants : « La loi est une déclara-

Note. Dans notre étude nous ne suivrons pas strictement l'ordre du Code. Les intitulés qui figurent en tête des divisions et subdivisions ne sont pas non plus ceux du texte du Code.

1. F. Laurent, *Principes de Droit Civil Français*, t. I, n° 1, p. 49.

« ration de la volonté souveraine manifestée dans la
« forme prescrite par la Constitution qui ordonne,
« prohibe ou permet. »

Il faut reconnaître que cette innovation n'a pas été heureuse. D'une part, comme le dit Laurent, définir la loi, c'est un point de doctrine que le législateur doit abandonner à l'école et, ensuite, la définition énoncée n'a même pas le mérite de distinguer nettement l'acte législatif d'autres actes de l'autorité.

10. II. La constitutionnalité des lois. — *La déclaration d'inconstitutionnalité.* — Les termes employés par le Code pour définir la loi, éveillent une question d'un intérêt essentiel : celle de l'inconstitutionnalité des lois. En effet, de la définition transcrite se dégage tout naturellement l'idée que l'acte législatif contraire à la Constitution n'est pas une loi, conclusion conforme à la bonne doctrine et qui se serait imposée même en l'absence du texte. Mais il ne faudrait pas croire que en mettant en relief, dans la définition, l'élément constitutionnel, le législateur chilien ait tranché dans le sens affirmatif le point de savoir si le juge a ou n'a pas le droit de dénier la force obligatoire à l'acte législatif contraire à la Constitution. La doctrine en vogue au moment où le Code a été rédigé soutenait, en effet, que, dans le système constitutionnel chilien aucun tribunal ne jouissait de la prérogative de déclarer l'inconstitutionnalité de la

loi. La Cour Suprême, notamment, l'avait ainsi déclaré¹. D'après cette opinion, pour octroyer au pouvoir judiciaire la faculté de contrôler l'acte législatif, il aurait donc fallu une réforme de la Constitution.

Il est vrai que cette opinion n'était pas uniformément acceptée. La thèse contraire pouvait être soutenue avec beaucoup de fondement; elle comptait à son appui les arguments avec lesquels, aux Etats-Unis, on avait introduit dans la pratique le contrôle judiciaire de la constitutionnalité, qui n'était pas expressément prévu dans la Constitution Américaine. A ce sujet, rien ne nous semble meilleur que de citer le raisonnement de Hamilton² :

« Il n'est pas de proposition plus évidemment vraie que tout acte d'une autorité déléguée, contraire aux termes de la commission en vertu de laquelle elle est exercée, est nul. Donc, nul acte législatif, contraire à la Constitution, ne peut être valable. Nier cela, ce serait affirmer que le délégué est supérieur à son commettant, que le serviteur est au-dessus de son maître, que les représentants du peuple sont supérieurs au peuple lui-même, que les hommes qui agissent en vertu de pou-

1. L. Claro, *op. cit.*, t. I, n° 47. — Cf. F. Laurent, *op. cit.*, t. I, n° 30 et 31; Planiol, *Traité Élémentaire de Droit Civil*, t. I, n° 156; R. de Ruggiero, *Istituzioni di Diritto Civile*, t. I, p. 99 et s.

1. *Le Fédéraliste*, Traduction française de MM. Boucard et Jèze, Paris, 1902, p. 648-649. — Comp. G. Solyom, *La juridiction constitutionnelle aux Etats-Unis et en Suisse, Etude sur le contrôle judiciaire de l'acte législatif*, Genève, 1923, p. 15 et s.; E. Blondel, *Le contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois (Etude critique comparative : Etats-Unis-France)*, Paris, 1928, p. 19 et s.

voirs peuvent faire non seulement ce que ces pouvoirs ne les autorisent pas à faire, mais encore ce qu'ils leur défendent.

« Si on dit que le Corps législatif est lui-même le juge constituant de ses pouvoirs et que l'interprétation qu'il en fait est concluante pour les autres départements, on peut répondre que ce ne peut-être là une présomption naturelle, à moins que la Constitution ne le décide par quelques dispositions spéciales. On ne peut guère supposer que la Constitution donne aux représentants du peuple le droit de substituer leur volonté à celle de leurs commettants. Il est bien plus rationnel de supposer que les tribunaux ont été désignés pour être un corps intermédiaire entre le peuple et la législature, à l'effet, entre autres choses, de maintenir la dernière dans les bornes assignées à son autorité. L'interprétation des lois est la fonction propre et particulière des tribunaux. Une constitution est, en fait, et doit être regardée par les juges comme une loi fondamentale. Dès lors, c'est à eux qu'il appartient d'en déterminer le sens, aussi bien que le sens de toute loi émanant du corps législatif.

« S'il se trouve entre les deux une contradiction absolue, celle qui a un caractère obligatoire et une valeur supérieure doit être naturellement préférée, ou, en d'autres termes, la Constitution doit être préférée à la loi, l'intention du peuple à l'intention des agents. »

Analogues sont les raisonnements des auteurs qui s'efforcent de rendre possible le contrôle de la constitu-

tionnalité des lois en France et dans d'autres pays, où il n'est pas non plus réglementé par les textes¹.

Depuis la réforme constitutionnelle de 18 septembre 1925, la question n'est plus douteuse au Chili. L'art. 82 al. 2, de la Constitution réformée autorise la Cour Suprême à déclarer inapplicables, dans les espèces particulières qui lui sont soumises, les textes législatifs contraires à la Constitution.

Il convient de faire remarquer que le contrôle de la Constitutionnalité n'a pas seulement un intérêt dans les Etats fédéraux, où il contribue à maintenir l'indispensable hiérarchie entre la législation fédérale et celle qui est particulière à chacun des états confédérés. Il offre de l'importance aussi dans les pays à régime unitaire comme le Chili, dont la Constitution Politique, outre l'organisation des pouvoirs, consacre les droits primordiaux des citoyens².

1. F. GénY, *Science et technique en droit privé positif*, t. IV, n° 288 et s.; A. Blondel, *op. cit.*; J. Leblanc, *Du pouvoir des tribunaux d'apprécier en France la constitutionnalité des lois*, Thèse, Paris, 1926; J. Bonne-case, *Supplément*, t. IV, n° 21 et s.

2. En plus des ouvrages ci-dessus, on peut consulter sur la matière : Une communication de M. F. Larnaude intitulée : *Etude sur les garanties judiciaires qui existent dans certains pays au profit des particuliers contre les actes du pouvoir législatif*, *Bulletin de la Société de Législation comparée*, 1902, p. 175-229 et la discussion, p. 240-257 et *Bulletin* de 1903, p. 89-104; — A. J. Alvarado, *El recurso contra la inconstitucionalidad de las leyes*, Madrid, 1920; — A. Verdier, *La constitution fédérale de la république d'Autriche*, Thèse, Paris, 1924; — V. Oresco, *Le contrôle de la constitutionnalité des lois en Roumanie*, Thèse, Paris, 1929; — Nagib, *La Constitution égyptienne et le contrôle de la constitutionnalité des lois*, Thèse, Paris, 1929; — R. Salvat, *Tratado de Derecho Civil Argentino, Parte General*, n° 40 et s.; — C. Bevilacqua, *op. cit.*, t. I, Introduction, Art. 4, ob. 4, etc.

11. III. Promulgation et publication des lois. Leur entrée en vigueur. — Sous la rubrique de « Promulgation de la loi », le C. Ch. comprend en même temps la promulgation proprement dite et la publication, c'est-à-dire la « *divulgatio promulgationis* », mais le mot publication ne se trouve pas dans le texte. L'expression promulgation étant employée indifféremment dans les articles respectifs pour désigner l'une et l'autre.

Cette terminologie a donné lieu à une critique de la part des commentateurs qui ont reproché au Code d'avoir confondu deux notions différentes¹. La critique peut paraître fondée à l'heure actuelle, où la plupart des auteurs distinguent entre la *promulgation* qui a pour objet de rendre exécutoires par le Chef de l'Etat les textes législatifs élaborés par le Parlement et la *publication* dont le but est de porter la loi à la connaissance du public². Mais à l'époque où le Code fut rédigé cette distinction n'était pas courante; elle est, en effet, d'origine relativement moderne³.

En Droit Romain on ne distinguait pas entre la promulgation et la publication, c'était un seul acte qui rendait la loi obligatoire; les anciennes lois espagnoles ne faisaient pas non plus de distinction³ et il en était de

1. J. C. Fabres, *Instituciones de Derecho Civil Chileno*, t. I, note 4; — L. Claro, *op. cit.*, t. I, n° 69; — A. Barros, *op. cit.*, t. I, p. 64.

2. Colin et Capitant, *Cours Élémentaire de Droit Civil français*, t. I, p. 42-43; — Baudry-Lacantinerie, *Précis de Droit civil*, t. I, n° 34-35; — L. Josserand, *Cours de Droit civil positif français*, t. I, n° 68-69; — R. de Ruggiero, *op. cit.*, t. I, p. 90; — R. Salvat, *op. cit.*, *Partie Générale*, n° 301.

3. Ley 12, Tit. 2, Lib. III de la Novísima Recopilación.

même autrefois dans le droit français¹. Lors de la discussion du Code, Boulay, orateur du gouvernement, disait au corps législatif que les trois mots promulguer, publier et proclamer avaient un sens identique. Le C. F., sous le titre de « Publication... », parle seulement de « promulgation » (art. 1); les premiers commentateurs confondaient aussi les deux notions et, même aujourd'hui, M. Planiol soutient que c'est une erreur de distinguer entre les deux termes².

Quant au système de promulgation, publication et mise en vigueur des lois adopté par le C. Ch. il est en principe le même que celui du droit français. Les art. 6 et 7 sont ainsi conçus :

Art. 6. — « La loi n'est obligatoire qu'en vertu de
« la promulgation, qui en est faite par le Président de la
« République et après qu'il s'est écoulé le temps néces-
« saire pour qu'on en ait connaissance.

« La promulgation devra être faite dans le *Journal*
« officiel et la date de la promulgation sera, pour les
« effets légaux, celle du dit journal. »

« Art. 7. — « Dans le département où se fait la pro-
« mulgation, la loi sera réputée connue de tous et obli-
« gatoire après l'expiration d'un délai de six jours à
« compter de la date de promulgation; et, dans tout

F. Laurent, *op. cit.*, t. I, n° 9 et 10.

M. Delvincourt, *Cours de Code civil*, t. I, Titre Préliminaire, chapitre III; — Planiol, *op. cit.*, t. I, n° 173.

« autre département après l'expiration du dit délai
« de six jours augmenté d'un jour par chaque vingt kilo-
« mètres de distance entre les chefs-lieux des deux dé-
« partements.

« Ce délai, toutefois, pourra être diminué ou aug-
« menté par la loi elle-même si elle fixe un autre délai
« spécial.

« La loi pourra également ordonner, dans des cas
« spéciaux, une autre forme de promulgation. »

Le système successif consacré par l'art. 7, système adopté, du reste, par le C. Brésilien (Introduction, art. 2), expose à des difficultés nées des différentes dates d'entrée en vigueur de la loi à travers le territoire. Il était justifié au moment de la rédaction du Code, en raison de la lenteur des communications : le système de la simultanéité aurait exigé un très long délai. Cet inconvénient n'existant plus, il serait préférable d'adopter, à l'exemple d'autres pays comme la Belgique (C. C. art. 1 et loi du 28 février 1845, art. 2), l'Italie (C. C. art. 1), l'Espagne (C. C. art. 1), l'Allemagne (Constitution, art. 2), le système plus logique et plus simple du délai unique¹. D'ailleurs, c'est ce dernier système qu'on emploie pratiquement, puisque la plupart des lois pré-voient expressément l'entrée en vigueur simultanée.

1. J. C. Fabres, *Instituciones*, t. I, note 5; — L. Claro, *op. cit.*, t. I, n° 76; — F. Laurent, *op. cit.*, t. I, n° 19 et s.; — Planiol, *op. cit.*, t. I, n° 175; — R. de Ruggiero, *op. cit.*, t. I, p. 92; — Th. Huc et J. Orsier, *Le Code civil italien et le Code Napoléon*, t. I, p. 16 et s.; C. Valverde, *Tratado de Derecho civil espanol*, t. I, p. 86-87; — M. G. V. Scherer, *Principales différences entre le Code Napoléon (1804) et le Code Guillaume II (1900)*, n° 7.

On pourrait peut-être reprocher aussi au C. Ch. de n'avoir pas statué sur l'époque à laquelle les lois deviennent obligatoires à l'étranger. A défaut d'une présomption légale applicable, en France, la jurisprudence décide selon les circonstances de la cause¹. Le C. Brésilien a envisagé le cas et a fixé un délai spécial pour l'entrée en vigueur de la loi hors du pays (Introduction, art. 2, al. 2)².

12. La date des lois. — L'al. 2 de l'art. 6, que nous avons transcrit, détermine expressément quelle est la date de la loi pour les effets de la promulgation; mais rien n'a été dit sur la date de la loi pour les effets des citations. On sait qu'en France il n'y a pas d'uniformité dans la manière de fixer cette date³. Au Chili on cite ordinairement les lois par la date du Décret du Président de la République ordonnant la promulgation. A partir du Décret du 8 juin 1893, les lois portent aussi un numéro d'ordre qui sert pour simplifier les citations.

13. IV. L'ignorance de la loi et l'erreur de droit. — Après avoir établi dans l'art. 7 la présomption de connaissance de la loi par tous les sujets, le C. Ch. ajoute :

Art. 8. — « Nul ne pourra alléguer son ignorance de la loi après l'expiration du délai ordinaire ou spécial

1. Baudry-Lacantinerie, *op. cit.*, t. I, n° 41.

2. C. Bevilacqua, *op. cit.*, t. I, *Introduction*, art. 2, ob. 2.

3. Planiol, *op. cit.*, t. I, n° 178; — Colin et Capitant, *op. cit.*, t. I, p. 46; — Baudry-Lacantinerie, *op. cit.*, t. I, n° 34; — L. Josserand, *op. cit.*, t. I, n° 71.

« sauf lorsque, par suite d'un accident, les communications ordinaires auront été, durant ce délai, interrompues entre les deux départements sus-énoncés.

« Dans ce cas, le délai ne courra point pendant la durée de l'interruption. »

En plus, l'art. 1452 déclare expressément que l'erreur sur un point de droit ne vicie pas le consentement et l'art. 706 al. 4, condamne l'erreur de droit chez le possesseur, avec une présomption de mauvaise foi qui ne peut être écartée par la preuve contraire.

On le voit, le législateur chilien a appliqué avec rigueur le principe contenu dans les deux adages : « *nemo censetur ignorare legem* » et « *error vel ignorantia juris non excusat* ».

On peut citer comme exception l'art. 2297, selon lequel « on pourra répéter même ce qui a été payé par erreur de droit, lorsque le paiement n'avait pas même par fondement une obligation purement naturelle. »

14. Droit comparé. — La solution du C. Ch. au sujet de l'erreur de droit n'est pas acceptée partout.

a) En droit anglais on ne tient pas compte, en principe, de l'erreur de droit¹. En droit espagnol on soutient aussi que l'erreur de droit ne peut pas vicier le consentement² et il semble qu'on doit décider de même en droit

1. E. Lehr, *Eléments de droit civil anglais*, t. II, n° 725.

2. C. Valverde, *op. cit.*, t. III, p. 248.

brésilien¹. Le C. Argentin, de son côté, a suivi également le système du C. Ch.².

b) Au contraire, il y a de très importantes législations dans lesquelles on tient compte de l'erreur du droit.

Le C. F. s'est contenté de dire, à l'art. 1, al. 3, que la promulgation faite par le Président de la République « sera réputée connue »... D'autre part, les art. 1356 et 2052 interdisent d'annuler l'aveu judiciaire et la transaction sous prétexte d'erreur de droit. En présence de ces textes, la doctrine décide qu'en principe l'erreur de droit peut vicier le consentement. M. Demogue, par exemple, s'exprime ainsi³ :

« Pour rester sur le terrain des lois civiles, il nous semble que l'erreur de droit peut en général être invoquée parce que, la question n'étant pas prévue par les textes, il faut la trancher d'après les nécessités pratiques. En matière civile, on peut tenir compte de l'erreur sous deux réserves qui diminuent notablement le danger de cette solution. L'erreur doit avoir été déterminante. Ensuite, s'il y a eu faute de la part de celui qui a ignoré la loi, il peut être condamné à une indemnité et même être déchu du bénéfice d'invoquer son ignorance.

« Mais, même dans cette mesure, et dans le droit civil

1. C. Bevilacqua, *op. cit.*, t. I, Introduction, art. 5, ob. 1; art. 86, ob. 3.

2. R. Salvat, *op. cit.*, *Partie General*, n° 2344-2348.

3. *Traité des Obligations en général*, t. I, n° 246, p. 405. Cf. F. Laurent, *op. cit.*, t. XIV, n° 505-509 — Colin et Capitant, *op. cit.*, t. I, p. 69-70, t. II, p. 277; — Planiol, *op. cit.*, t. I, n° 280; — Baudry-Lacantinerie, *op. cit.*, t. I, n° 125; t. II, n° 43.

en particulier, nous ne donnons pas à l'erreur de droit une force absolue. Nous croyons qu'elle peut toujours être invoquée contre une loi simplement dispositive. Mais lorsque l'ordre public est vraiment en jeu, en ce sens que l'on veut, à la suite d'un fait, donner sécurité objective absolue, nous pensons que l'erreur de droit ne peut être admise, si elle aboutissait à faire violer l'ordre public. »

On décide aussi en matière de possession que l'erreur de droit ne met pas obstacle à la bonne foi¹.

Le C. Italien de même que le C. F. rejette l'erreur de droit en matière d'aveu et de transaction (art. 1360 et 1772), mais l'art. 1109 déclare expressément que l'erreur de droit produit la nullité du contrat lorsqu'elle en a été la cause unique ou principale. La doctrine enseigne aussi que l'erreur de droit n'empêche pas la bonne foi chez le possesseur².

Le Projet Franco-Italien de Code des Obligations et des Contrats³, a adopté une disposition analogue à celle de l'art. 1109 du C. Italien. Elle est ainsi conçue :

Art. 16. — « L'erreur de droit, lorsqu'elle est la cause unique ou principale du contrat, entraîne l'annulabilité. »

1. F. Laurent, *op. cit.*, t. XXXII, n° 413; — Planiol, *op. cit.*, t. I, n° 2293; — Baudry-Lacantinerie, *op. cit.*, t. I, n° 1358; — L. Josserand, *op. cit.*, t. I, n° 1408 et 1766.

2. R. de Ruggiero, *op. cit.*, t. I, p. 93, 258-259 et 749.

3. La question de savoir si la répétition est admise à l'égard d'une obligation naturelle acquittée par erreur de droit a été tranchée dans le sens de la négative par l'art. 66, qui a remplacé dans les art. 1235 du C. F. et 1237 du C. Italien le mot *volontairement* pour *spontanément*. V. Rapport, p. LXXXIX.

En matière d'aveu judiciaire, l'erreur de droit a été rejetée (art. 307 al. 4). Mais dans la transaction, on l'a admise dans une certaine mesure. Voici la disposition :

Art. 592. — « La transaction n'est pas annulable pour cause d'erreur de droit, à moins qu'il n'y ait eu contestation entre les parties sur le point de droit en question. »

Le C. Portugais (art. 658) vise l'erreur de droit sur la cause du contrat.

Finalement, en droit allemand¹ et en droit suisse² l'erreur de droit peut engendrer la nullité aussi bien que l'erreur de fait.

15. Conclusion. — L'application rigoureuse faite par le C. Ch. de la maxime « *nemo censetur ignorare legem* » est peu équitable et contraire aussi à la solution admise par de très importantes législations. Il est vrai que la présomption, ou plutôt la *fiction*, en vertu de laquelle on suppose la loi connue de tous, est nécessaire pour assurer son application; mais, une fois ce but atteint, la fiction doit cesser. On peut parfaitement, sans autoriser la violation de la loi et lorsqu'il s'agit des relations d'intérêt privé, permettre à celui qui a traité sous l'influence d'une erreur de droit de s'en prévaloir pour

1. Crome, t. I, p. 110; — Endemann, t. I, p. 487, n° 6, cités par M. R. Demogue, *op. cit.*, t. I, p. 474.

2. V. Rossel, *Manuel de Droit Fédéral des Obligations*, t. I, n° 72.

empêcher les conséquences dommageables de son acte ou pour conserver les effets favorables¹.

§ II. La Coutume

16. Historique. — Sous l'ancien droit espagnol, à l'égard du droit romain², la coutume était reconnue comme l'une des sources du Droit. Les lois des « Partidas » réglementaient la matière et admettaient les trois espèces de coutumes : « secundum legem », « prae-ter legem » et « contra legem » (Part. I, Tit. 2). Plus tard, des lois figurant dans le « Novísima Recopilación » apportèrent une modification au système de « Partidas », modification dont la portée a été discutée. Les uns ont soutenu qu'on avait enlevé sa force à toute coutume « contra legem », tandis que d'autres ont estimé que les lois 3 et 11 du Tit. II, Lib. III de la « Nov. Rec. » interdisaient seulement la *désuétude*, mais qu'elles ne dérogeaient point aux lois de « Partidas » en tant que celles-ci accentuaient l'abrogation de la loi par une coutume contraire³.

17. Le Code civil. — Telle était la législation en vigueur au moment de la codification. L'auteur du Code, influencé peut-être par le système anglo-saxon, était partisan de la coutume et, dans le projet de 1853, il

1. R. de Ruggiero, *op. cit.*, t. I, p. 749; — H. Capitant, *Introduction à l'étude du Droit civil*, n° 249.

2. Savigny, *Traité de Droit romain*, t. I, p. 140 et s.

3. D. de Buen, *Las normas jurídicas y la función judicial. Alrededor de los arts. 5 y 6 del Código Civil*, n° 17.

avait inséré des dispositions tendant à accepter même la désuétude et la dérogation à la loi par la coutume contraire (art. 2, 3, 52 et 53). Quand le projet fut révisé, on changea complètement le système et on rédigea l'art. 2 du Code dans les termes suivants :

Art. 2. — « La coutume n'a de force légale que dans les cas où la loi s'y réfère. »

La coutume « *secundum legem* » était donc l'unique qu'on avait laissé subsister. Dans le même Code Civil on peut relever plusieurs articles qui font appel aux usages : 1188, 1198, 1546, 1563, 1823, 1938, 1940, 1944, 1954, 1987, 2117. Aucun moyen spécial de preuve n'a été envisagé.

Le Code de Commerce, de son côté, a fait application de l'art. 2 du C. C. en disposant d'une façon générale, que la coutume mercantile sert à suppléer le silence de la loi, pourvu qu'elle réunisse certaines conditions et que son existence soit démontrée par des moyens spéciaux (art. 4 et s.).

La disposition de l'art. 2 du C. Ch. fut reproduite plus tard par le C. Argentin (art. 17 al. 2)¹ et elle avait été empruntée à l'art. 10 du C. Autrichien qui l'a conservée dans le texte révisé, en vigueur depuis 1917.

18. Droit comparé. — Le système adopté par le C. Ch. pour résoudre le problème de la force légale de la coutume appartient seulement à un groupe de pays.

1. R. Salvat, *op. cit.*, *Parte General*, n° 24 et s.

En laissant de côté les pays anglo-saxons. Les principales législations qui s'en écartent peuvent être classées en trois catégories :

a) législations qui contiennent des dispositions générales et directes sur la coutume : le C. Espagnol et le C. C. Suisse; b) législations qui contiennent des dispositions générales mais seulement indirectes : le C. Italien et le C. Brésilien; c) législations qui ne contiennent point de dispositions générales sur la coutume : le C. F. et le C. Allemand.

a) *C. Espagnol*. — L'art. 5 déclare que la loi ne peut être modifiée par la coutume et l'art. 6, al. 2 s'exprime ainsi : « Dans les cas où il n'y existe pas une loi exactement applicable au point controversé, on appliquera la coutume du lieu... » On repousse donc la coutume « *contra legem* » et on accepte la coutume « *praeter legem*¹ ».

C. C. Suisse. — L'art. 1, al. 2 dit : « A défaut d'une disposition légale applicable, le juge prononce selon le droit coutumier... » Cette disposition consacre explicitement la coutume « *praeter legem* » et elle exclut tacitement la coutume « *contra legem*² ».

b) *C. Italien*. — L'art. 5 des Dispositions Générales dit que l'abrogation des lois ne peut avoir lieu que par la voie législative. En dehors de cet article, qui exclut

1. C. Valverde, *op. cit.*, t. I, p. 168-171; — D. de Buen, *op. cit.*, p. 73-75 et 91-95.

2. E. Hüber, *Exposé des motifs de l'avant-projet du Code civil suisse*; Rossel et Mentha, *Manuel de Droit civil suisse*, t. I, n° 51.

indirectement la coutume « *contra legem* », le Code ne contient aucune disposition générale sur la coutume; l'art. 3 qui parle des cas non prévus par le législateur, n'ordonne pas au juge d'appliquer la coutume. La doctrine, dans le silence de la loi, déclare que la coutume « *praeter legem* » n'a pas de force légale dans le droit civil italien¹.

C. Brésilien. — De même que le C. Italien. l'art. 4 de l'Introduction dit que la loi peut être abrogée seulement par la loi et l'art. 7 ne prévoit pas l'application de la coutume dans les cas non envisagés par les textes.

M. Bevilacqua soutient cependant que, dans le système du C. Brésilien, non seulement les coutumes « *secundum legem* » ont la force obligatoire, mais aussi les coutumes qui comblent les lacunes de la loi ou la corrigent, en lui donnant une interprétation conforme aux besoins sociaux qui changent selon les temps².

c) *C. Français.* — Il n'y a pas dans le C. F. de dispositions générales directes ni indirectes sur la coutume. En dehors des cas où la loi s'y réfère, la question reste donc entière pour la doctrine qui n'est point d'accord sur la solution à donner. Le plus simple est de dire que la faculté de légiférer appartenant au pouvoir législatif, la coutume, à elle seule, ne peut avoir force de loi, mais que le juge qui doit résoudre même les cas non prévus, peut l'appliquer à défaut de textes. Il y a cependant,

1. R. de Ruggiero, *op. cit.*, t. I, p. 88.

2. *Op. cit.*, t. I, *Introduction*, art. 4, ob. 2 et art. 7, ob. 1.

des opinions très autorisées qui vont plus loin et qui soutiennent que les règles coutumières qui comblent les lacunes du droit écrit viennent s'ajouter au système législatif et qu'elles ont force obligatoire. Pour le démontrer, ces auteurs s'adonnent à une analyse approfondie de la coutume¹.

C. Allemand. — Ce Code ne contient non plus, aucune disposition générale relative à la coutume et son silence a été intentionnel. Dans le premier projet figurait un § 2 ainsi conçu : « Les règles du droit coutumier ne valent qu'autant que les lois renvoient au droit coutumier. » Le procès-verbal des délibérations de la seconde commission laisse entendre que si on le supprima sans le remplacer, ce fut parce que, tout en étant à peu près d'accord sur la nécessité d'élargir la conception du texte et de reconnaître d'une façon générique, au moins à titre supplétif, les coutumes générales, on ne s'entendait pas sur une formule à l'exprimer. La loi d'Introduction à laquelle on avait abandonné le règlement de la question ne contient pourtant, à proprement parler, aucune disposition générale sur la coutume. Mais, l'art. 2, qui dit : « La loi doit s'entendre dans l'esprit du Code Civil et de la loi d'Introduction, de *toute règle de droit* », reconnaît implicitement que le droit écrit n'est pas forcé-

1. F. Gény, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, t. I, n° 109 et s. et spécialement p. 414-415; — H. Capitant, *op. cit.* n° 17; — Colin et Capitant, *op. cit.*, t. I, p. 27 et s.; — L. Josserand, *op. cit.*, t. I, n° 96 et s. *Contra*, Demolombe, *Cours de Code Napoléon* t. I, n° 32-35; — Aubry et Rau, *Cours de Droit civil français*, t. I, p. 96-97; — Planiol, *op. cit.*, t. I, n° 11 et s.

ment la seule source juridique existante et que le droit peut se créer par voie de coutume. La doctrine allemande est à peu près uniforme pour soutenir que même la coutume générale « *contra legem* » a force obligatoire. Au sujet du droit coutumier local il y a des discussions¹.

17. Conclusion. — Cet aperçu sommaire de droit comparé nous permet de conclure qu'il y existe une tendance à reconnaître la coutume comme une source indépendante suppletive du droit écrit. M. Saleilles, au sujet du droit coutumier sous le C. Allemand, dit : « Il est même extrêmement remarquable que la reconnaissance de son admissibilité, au lieu de résulter d'un texte formel de la loi, ne soit indiquée que par voie de prétérition. C'est la preuve qu'on abandonnait enfin la conception, si artificielle et si anti-sociale, d'après laquelle la légitimité du droit coutumier ne pourrait résulter que d'une réserve ou d'une concession de la loi. On lui reconnaît une valeur propre, indépendante de la loi; on en fait une source juridique distincte, mise sur le même pied que le droit écrit² ».

Le système du C. Ch. qui accepte seulement la coutume « *secundum legem* » n'est pas d'accord avec la tendance signalée, favorable au développement du droit coutumier. Il faut cependant reconnaître qu'en

1. F. Génv, *op. ci-dessus*, t. I, n° 135 et s.; — C. Bufnoir, etc., *op. cit.*, t. I; Introduction par R. Saleilles, n° XVI; t. IV. Loi d'Introduction, art. 2, note 2 d.; — R. Saleilles, *Introduction à l'étude du Droit civil allemand*, IX, p. 66 et s.

2. R. Saleilles, *Introduction à l'étude du Droit civil allemand*, p. 78.

pratique on aboutit au même résultat, car les usages commerciaux, qui sont de beaucoup les plus importants, ont été l'objet d'un renvoi d'ensemble de la part du C. de Commerce et, dans d'autres matières où la coutume peut se faire sentir, la loi s'y réfère aussi.

§. III. La Jurisprudence

20. Les auteurs mentionnent généralement la *jurisprudence* entre les sources du droit. Au Chili elle offre un intérêt très secondaire, en raison surtout de la méthode exégétique qui domine l'interprétation judiciaire de la loi. Nous renvoyons aux paragraphes destinés à cette matière (V. n° 38 et s.).

SECTION II

DES EFFETS DE LA LOI RELATIVEMENT AU TEMPS

21. I. **Lois dispositives.** — Enoncer la question des effets des lois relativement au temps qu'elles régissent, c'est poser le problème de la non-rétroactivité de la loi. Voyons comment il a été résolu par les textes chiliens.

a) *La Constitution politique.* — Dans ses articles 11 et 12, la Constitution Politique consacre le principe que nul ne peut être jugé et condamné qu'en vertu des lois promulguées antérieurement au délit. Une loi rétroactive en matière pénale serait donc inconstitutionnelle.

En dehors de la matière pénale, le principe de la non-rétroactivité n'est pas écrit dans la Constitution; en conséquence on peut édicter, en matière civile, des

lois ordinaires rétroactives¹. Cette liberté du législateur n'est pas cependant absolue; l'art. 10 ayant consacré les droits fondamentaux et spécialement le droit de propriété, toute loi, rétroactive ou non-rétroactive, portant atteinte à ses droits, édictée sans se conformer aux formalités requises pour réformer la Constitution, serait inconstitutionnelle.

b) *Le Code civil.* — L'art. 2 du C. F. a été reproduit par l'al. 1 de l'art. 9 de C. Ch., qui dit : « La loi ne peut « disposer que pour l'avenir et elle n'aura jamais d'effet « rétroactif. »

Une règle rigide comme celle posée par le C. F. et le C. Ch., reproduite plus tard par le C. Italien (art. 2 des Dispositions Générales), le C. Portugais (art. 8) et le C. Espagnol (art. 3), n'est pas suffisante pour résoudre tous les cas de conflit qui peuvent se présenter. Le problème est, en effet, si compliqué que le principe même de la non-rétroactivité a été contredit : Merlin disait que la règle était la rétroactivité et d'autres, sans aller si loin, déclarent qu'il existe des lois rétroactives en dehors des cas admis par le législateur².

Tous les efforts tentés par la doctrine pour arriver à une synthèse, ne lui ont pas permis jusqu'à présent de dégager des principes, à la fois fixes et flexibles, pour s'accommoder aux différentes situations. Le système

1. J. C. Fabres, *Instituciones*, t. I, note 6.

2. P. Roubier, *Distinction de l'effet rétroactif et de l'effet immédiat de la loi*, *Revue trimestrielle de Droit civil*, 1928, p. 580-581.

des droits acquis et des simples expectatives, si en faveur autrefois, ne repose pas sur une base scientifique; celui de Savigny, fondé sur la distinction entre l'existence et l'acquisition des droits, n'est pas non plus exempt de critiques et il en est de même des théories proposées par d'autres juristes, comme Laurent, Huc, de Vareilles-Sommières, etc¹.

Cette difficulté pour s'entendre sur le terrain de principes s'explique par la nature même de la question. « C'est qu'on ne peut donner dans une formule la solution d'un problème qui est en réalité très complexe. Il faut, dans chaque hypothèse particulière, mettre en balance, d'une part, les motifs d'utilité sociale qui commandent une application immédiate du texte nouveau, et d'autre part, la valeur des intérêts particuliers qui entendent continuer à jouir de la protection de la loi ancienne. C'est plus une question d'espèces à trancher par le juge qu'un problème général appartenant à la doctrine². »

C'est en s'inspirant d'une idée analogue que les Codes plus modernes ont éliminé du texte tout principe général sur la rétroactivité et ont édicté à sa place des dispositions transitoires dans lesquelles on a envisagé en détail

1. Savigny, *Traité de Droit romain*, t. VIII, p. 363 et s.; — Planiol, *op. cit.*, t. I, n° 240 et s.; Baudry-Lacantinerie, *op. cit.*, t. I, n° 46 et s.; — H. Capitant, *op. cit.*, n° 36 et s.; — Colin et Capitant, *op. cit.*, t. I, p. 47 et s.; — L. Josserand, *op. cit.*, t. I, n° 77 et s.; — J. Bonnet, *Supplément*, t. II, n° 76 et s.; — P. Roubier, *loc. cit.* p. 579 et s.; — R. de Ruggiero, *op. cit.*, t. I, p. 168 et s. — C. Valverde, *op. cit.* t. I, p. 109 et s.

2. Baudry-Lacantinerie, *op. cit.*, t. I, n° 50.

les différentes situations à régler (C. Allemand, *Loi d'Introduction*, art. 153-218; C. C. Suisse, Titre Final; art. s.1-59)¹. Même dans les pays où le Code Civil avait adopté l'art. 2 du C. F. les législateurs ont estimé nécessaire d'ajouter des dispositions transitoires pour résoudre les questions soulevées par le changement de législation (C. Italien, loi de promulgation du 2 avril 1865 et dispositions transitoires du 30 novembre 1865; C. Espagnol, Dispositions transitoires, art. s. 1-13)².

c) *Loi du 7 octobre 1861*³. — Le C. Ch. ne contenait pas de dispositions transitoires, mais, quelques années après sa promulgation, on édicta la loi du 7 octobre 1861, dite « Sur l'effet rétroactif des lois ». A la différence des dispositions transitoires des législations auxquelles nous avons fait allusion qui prévoyaient seule-

1. C. Bufnoir, etc., *op. cit.*, t. IV, p. 185 et s.; — Rossel et Mentha, *op. cit.*, t. III, n° 1804 et s.; — E. Curti-Forrer, *op. cit.*, p. 673 et s.

Le C. brésilien a adopté un autre système. L'art. 3 de l'Introduction est ainsi conçu :

Art. 3. — La loi ne portera atteinte, en aucun cas, aux droits acquis, aux actes juridiques parfaits ou à la chose jugée.

§ 1. — Sont considérés comme acquis les droits que leur titulaire, ou son représentant, peut exercer et ceux pour le commencement de l'exercice desquels un délai déterminé a été fixé, ou une condition établie que la volonté d'un tiers ne peut modifier;

§ 2. — Est réputé acte juridique parfait, l'acte déjà parachevé suivant la loi en vigueur au moment où il a été passé;

§ 3. — On appelle chose jugée, ou affaire jugée, une décision judiciaire contre laquelle il n'y a plus de recours. »

Nous ajoutons qu'en droit brésilien, le principe de la non-rétroactivité est inscrit dans la Constitution et, en conséquence, il lie le législateur (V. C. Bevilacqua, *op. cit.*, t. I, Introduction, art 3, ob. 1).

2. R. de Ruggiero, *op. cit.*, t. I, p. 169; — C. Valverde, *op. cit.*, t. I, p. 117-119.

3. On peut consulter le texte de cette loi dans H. Prudhomme, *op. cit.*, *Appendice III*, p. 499-502, et un commentaire dans L. Claro, *op. cit.*, t. I, n° 123-156.

ment les conflits que pouvait engendrer la promulgation des Codes Civils respectifs, la loi chilienne en question est une loi de portée générale, servant à régler les « conflits résultants de l'application des lois promulguées à des époques différentes » (art. 1).

Cette loi contient des solutions pour les diverses catégories de questions énoncées généralement par la doctrine : Etat et capacité des personnes (art. 2-11); droits réels (art. 12-17); successions (art. 18-21); contrats (art. 22 et 23); procédure (art. 24); prescription (art. 25 et 26). On a consacré la vieille et si discutée distinction entre les droits acquis et les simples expectatives et les solutions adoptées se conforment, pour la plupart, à celles qui sont couramment admises.

Etant donnée la portée générale de la loi qui nous occupe, applicable à tous les conflits de lois dans le temps on peut la critiquer de n'avoir envisagé les *lois de droit public* ou *politiques* et les *lois pénales*. Quant aux premières, la doctrine est uniforme pour soutenir qu'elles s'appliquent sans exception à tous les faits postérieurs à leur promulgation et on devrait adopter une solution analogue à l'égard de toutes les lois d'ordre public, qui, de leur nature même, excluent l'idée de survivance de la loi ancienne¹.

En ce qui concerne les lois *pénales*, nous avons déjà dit qu'en cette matière le principe de la non-rétroactivité

1. Planiol, *op. cit.*, n° 257; — H. Capitant, *op. cit.*, n° 48; — L. Josserand, *op. cit.*, t. I, n° 82.

est inscrit dans la Constitution et qu'en conséquence, il lie le législateur en même temps que le juge. Le Code Pénal, de son côté, reproduit la disposition constitutionnelle et ajoute une exception à la non-rétroactivité en faveur des délinquants. Selon l'art. 18, si après le délit et avant la condamnation, survient une loi favorable à l'accusé, la peine à appliquer sera régie par la loi nouvelle.

22. II. Lois interprétatives. — L'art. 2 du C. F. contenait dans sa rédaction primitive un autre alinéa, ainsi conçu : « Néanmoins la loi interprétative d'une loi précédente aura son effet du jour de la loi qu'elle explique, sans préjudice des jugements rendus en dernier ressort, des transactions, décisions arbitrales et autres passés en force de chose jugée. » Cet alinéa fut supprimé, parce qu'il exprimait une vérité admise par tous et à cause des difficultés qu'on éprouvait à définir ce qu'on entendait par loi interprétative¹.

Le C. Ch. conserva au contraire l'alinéa supprimé dans l'art. 2 du C. F. L'art. 9, al. 2 est rédigé dans ces termes :

« Cependant les lois qui se bornent à déclarer le sens
« d'autres lois seront réputées incorporées à celles-ci;
« elles n'affecteront néanmoins en aucune manière les
« effets des sentences judiciaires passées en force de chose
« jugée dans le temps intermédiaire. »

1. Loqué, *Législation*, t. I, p. 380 et 396, n° 6.

Le maintien de la disposition dans ces termes nous semble justifié. D'abord la difficulté de savoir ce qu'on entend par loi interprétative apparaît comme tranchée dans le texte. D'autre part, il ne faut pas oublier que, pour qualifier les effets de la loi interprétative sur le passé, on peut dire, ou bien qu'ils ont un caractère simplement « rétrospectif¹ », ou bien qu'ils constituent un cas de « rétroactivité » proprement dite². Or, si on accepte ce dernier critérium et si on veut respecter les effets « rétroactifs » de la loi interprétative, il convient d'insérer une disposition spéciale. A défaut d'un texte, on pourrait parfaitement soutenir que la loi interprétative, n'ayant pas été l'objet d'une exception, tombe, elle aussi, sous le principe de la non-rétroactivité.

Pour le démontrer, il nous suffira de rappeler que le projet du Code italien contenait le même alinéa du projet de C. F. et, si on le supprima, ce ne fut pas qu'on le trouvait inutile, mais, tout au contraire, on ne voulait pas déroger en faveur des lois interprétatives au principe de la non-rétroactivité. On estimait, en conséquence, que, sans une disposition expresse, la loi interprétative suivait la règle générale³.

Il y a encore une autre difficulté qui peut se pré-

1. F. Laurent, *op. cit.*, t. I, n° 286.

2. J. Reymond, *Des lois d'interprétation et de leur rétroactivité*, Paris, 1925, p. 272 et s.; — Colin et Capitant, *op. cit.*; t. I, p. 56-57.

3. La doctrine et la jurisprudence acceptent cependant la rétroactivité des lois interprétatives. J. Reymond, *op. cit.*, p. 20-21; — R. de Rugiero, *op. cit.*, t. I, p. 154-155.

senter à défaut d'un texte précis. C'est celle de savoir si la loi interprétative doit être appliquée aux procès en cours au moment de sa promulgation et, plus spécialement, si elle lie les juges qui doivent se prononcer sur les recours intentés contre les solutions déjà données quand la loi interprétative a été promulguée. La jurisprudence autrichienne nous fournit une démonstration de l'utilité des termes employés par notre texte. L'art. 8 du C. Autrichien dit que la loi interprétative, sauf disposition contraire, « doit être appliquée à toutes les causes *encore pendantes* ». N'ayant pas parlé de chose jugée, l'article a permis aux Cours de ne pas accepter l'interprétation législative contre les jugements de tribunaux inférieurs déjà prononcés au moment de la promulgation de la loi interprétative¹.

SECTION III

DES EFFETS DE LA LOI RELATIVEMENT AUX PERSONNES ET AU TERRITOIRE

23. I. Droit civil et Droit International privé. —

Cette matière appartient au Droit international privé, branche du droit positif différente du Droit Civil. Cependant, le C. Ch. de même que le C. F. et la plu-

1. M. de Gallaix, *La réforme du Code civil autrichien*, Thèse, Paris, 1925, p. 15 et 16; — J. Reymond, *op. cit.*, p. 314 et s.

2. Pour le droit chilien sur cette matière, on peut consulter : J. C. Fabres, *Derecho Internacional Privado, Obras completas*, t. I; — J. Chacon, *op. cit.*, t. I, p. 25 et s.; — L. Claro, *op. cit.*, t. I, n° 157 et s.

part des codes étrangers, l'ont réglementé dans leurs textes¹. On peut citer comme exception le *C. Allemand* : la matière a été abandonnée à la loi d'Introduction, qui en traite dans les arts. 7-31².

Le *C. C. Suisse* ne contient pas non plus un ensemble de dispositions sur le sujet. On avait songé d'abord à introduire dans le Code une série d'articles qui auraient constitué le droit international privé; mais, au cours des délibérations parlementaires, ces textes ont été supprimés. A subsisté seulement l'art. 59 du Titre Final, qui se réfère à la loi fédérale du 25 juin 1891 et la complète, notamment en ce qui concerne la capacité civile des étrangers, le mariage et le divorce³.

Nous signalons aussi que les dispositions de droit international privé sont en voie de disparaître des Codes Civils de l'Amérique Latine. On a envisagé l'idée d'édicter un Code spécial sur la matière et la Commission Internationale de Jurisconsultes réunie à Rio de Janeiro en 1927 a approuvé déjà un projet très complet qui compte 437 art., distribués ainsi : Titre Préliminaire — Règles Générales (art. 1-8) : Livre I — Droit Civil International (art. 9-231) : Livre II — Droit Commercial International (art. 232-295) : Li-

1. C. F., art. 3-6; C. Italien, Dispositions générales, art. 6-12 (R. de Ruggiero, *op. cit.*, t. I, p. 179 et s.); C. Espagnol, art. 8 et s. (C. Valverde, *op. cit.*, t. I, p. 119 et s.) C. Brésilien, Introduction art. 8-21 (C. Bevilacqua, *op. cit.*, t. I, p. 111-159), etc.

2. C. Bufnoir, etc., *op. cit.*, t. IV, p. 8-148.

3. E. Huber, *Avant-projet*, t. I, p. 27-29 et 33; — Rossel et Menthia, *op. cit.*, t. I, n° 41 et t. III, n° 1882 et s.

vre III — Droit Pénal International (art. 296-313),
Livre IV — Procédure Internationale (art. 314-437)¹.

Ces remarques faites, nous examinerons brièvement les dispositions contenues dans le C. Ch.. Elles sont plus complètes que celles du C. F. et, entre les unes et les autres, il y a des différences à relever.

24. II. Etat et capacité des personnes. — *Etat et capacité des étrangers au Chili.* — L'art. 14 est ainsi conçu : « La loi est obligatoire pour tous les habitants de la République, y compris les étrangers ». Cette disposition ayant posé le principe de la territorialité d'une manière absolue à l'égard des personnes, on décide que l'état et la capacité des étrangers au Chili sont régis par la loi chilienne. En compensation, l'art. 57 déclare que la loi ne fait pas de distinction entre le Chilien et l'étranger en ce qui concerne l'acquisition et la jouissance des droits civils.

La solution adoptée par le C. Ch. s'écarte donc de celle qu'on adopte en France. Le C. F. ayant posé le principe de la territorialité absolue seulement pour les lois de police et de sûreté (art. 3 al. I) la doctrine a pu en déduire que l'état et capacité des étrangers en France sont régis, en principe, par leurs lois respectives².

1. On peut consulter ce Projet dans le livre de M. A. Sanchez de Bustamante y Sirven, intitulé *La Commission de Jurisconsultes de Rio de Janeiro et le Droit International*, Paris, 1928, p. 283 et s.

2. A. Weiss, *Manuel de Droit International Privé*, p. 408 et s.; — J. P. Niboyet, *Manuel de Droit International Privé*, n° 581 et s.; — F. Sur-

25. Etat et capacité des Chiliens à l'étranger — Si l'étranger est soumis au Chili à la loi chilienne, la réciproque n'est pas adoptée. L'art. 15 est rédigé dans ces termes :

Art. 15 — « Les sujets chiliens demeureront soumis aux lois de leur patrie qui régissent les obligations et les droits civils, nonobstant leur résidence ou leur domicile en pays étranger ».

« 1^o En ce qui concerne l'état des personnes et leur capacité pour accomplir certains actes qui doivent sortir effet au Chili.

« 2^o En ce qui concerne les obligations et les droits qui dérivent des relations de famille, mais à l'égard seulement de leurs conjoints et parents chiliens. »

Ici le principe est le même que celui du C. F., mais la disposition est plus complète et le mot « domicile », ajouté dans le texte, élimine le doute auquel peut donner lieu la rédaction de l'art. 3 du C. F. qui parle de « résidant en pays étranger¹ ».

26. — Critique — Le principe de la territorialité posé par l'art. 14 du C. Ch. est contraire à la tendance manifestée par les législations². Même dans les pays

ville, *Cours Élémentaire de Droit International Privé*, n^o 148 et s.; — Planiol, *op. cit.*, t. I, n^o 192; — Baudry-Lacantinerie, *op. cit.*, t. I, n^o 75.

1. J. P. Niboyet, *op. cit.*, n^o 580.

2. A. Weiss, *op. cit.*, p. 421 et s.; — J. P. Niboyet, *op. cit.*, n^o 345 et s.; — F. Surville, *op. cit.*, n^o 152 et s.

anglo-saxons, qu'on cite souvent comme les pays classiques de la territorialité, le système a reçu dans la pratique des atténuations nombreuses. M. Westlake reconnaît que la jurisprudence et la doctrine anglaises ont une tendance marquée à admettre le statut personnel des étrangers et, pour lui, l'application des lois étrangères se fait par une véritable obligation juridique et non par courtoisie¹.

A supposer admise l'application du statut personnel, il reste à résoudre s'il doit être régi par la loi de la nationalité ou par la loi du domicile. Les législations sont partagées sur ce point² et la solution à donner dépend de considérations plutôt politiques que juridiques. Les pays à forte population comme l'Allemagne, l'Italie, la Pologne, etc., ont intérêt à faire régir le statut personnel par la loi nationale, pour rattacher les nationaux émigrés à leur pays d'origine. Au contraire, les pays à population faible et qui reçoivent une importante immigration, acceptent en général, la loi du domicile : tel est le cas des pays de l'Amérique Latine³.

1. J. P. Niboyet, *op. cit.*, n° 345, p. 404; — F. Surville, *op. cit.*, n° 155, p. 263.

2. J. P. Niboyet, *op. cit.*, n° 584 et s.

3. Sauf exception. Le Brésil notamment applique la loi de la nationalité. Toutefois, on applique la loi du domicile, ou à défaut, la loi de la résidence : 1° Lorsque la personne n'aura pas de nationalité; 2° Lorsqu'il lui sera attribué deux nationalités, en cas de conflit, non résolu, entre les lois du pays de la naissance et celles du pays d'origine : auquel cas, si l'un des pays est le Brésil, ce sera la loi brésilienne qui prévaudra (V. C. civil, Introduction, art. 8 et 9.)

Le projet adopté par le Congrès de Rio de Janeiro, auquel nous avons fait allusion, reconnaît largement le statut personnel des étrangers, mais on a laissé toute liberté aux pays intéressés pour déterminer quelle doit être la loi personnelle. L'article respectif est ainsi conçu :

Art. 7. — « Chaque Etat contractant appliquera comme loi personnelle la loi du domicile ou la loi de la nationalité, suivant le système déjà adopté ou qui sera adopté par sa législation interne ».

27. III. — Les biens. — L'al. 1 de l'art. 16 dit : « Les « biens situés au Chili sont soumis aux lois chiliennes « même lorsque leurs propriétaires sont étrangers et « ne résident pas au Chili ».

Le C. Ch. ne fait pas de distinction entre les meubles et les immeubles, au contraire du C. F. qui parle seulement d'immeubles à l'art. 3 al. 2, ce qui n'a pas empêché, d'ailleurs, la doctrine française d'appliquer aux meubles envisagés « ut singuli » la même règle qu'aux immeubles¹. « Les biens considérés en eux-mêmes, abstraction faite de la personne de leur propriétaire, dit M. Surville, sont régis, au point de vue des droits réels dont ils peuvent être l'objet et de modes d'acquisition et d'aliénation qui leur sont applicables, par la loi de leur situation (*lex rei sitae*),

1. A. Weiss, *op. cit.*, p. 550 et s.; — J. P. Niboyet, *op. cit.*, n° 503 et s.; — F. Surville, *op. cit.*, n° 160 et s.

sans distinction à faire entre les meubles et les immeubles¹ ».

La disposition de l'art. 16 al. I, dont les termes sont si clairs et si absolus, n'est pas cependant sans difficulté et sans exceptions. D'abord, son application devient douteuse dans certains cas. La teneur littérale pourrait conduire, en effet, à régler par la loi chilienne jusqu'à l'existence de tous les droits des étrangers, même non résidants au Chili, sur les biens situés dans le pays. Par exemple, pour déterminer les droits du père sur les biens de ses enfants, ceux du mari sur les biens de sa femme, etc., on devrait consulter la loi chilienne, alors même que les personnes envisagées seraient des étrangers sans domicile ni résidence au Chili. Or, cette conclusion n'est pas admise sans restrictions, en dépit des termes de l'art. 16 al. I et, pour déterminer son champ d'application, les auteurs font appel à la distinction entre statuts réels et statuts personnels, distinction difficile à faire dans la pratique et dont la justification est discutable sous le système du C. Ch².

La difficulté a été éliminée dans un cas spécial. Selon l'art. 2484, les mariages célébrés en pays étranger et qui doivent produire des effets au Chili, donnent aux créances de la femme sur les biens du mari situés sur le territoire chilien les mêmes droits de pré-

1. *Op. cit.*, n° 164.

2. L. Claro, *op. cit.*, t. I, n°s 185 et s.

férence que les mariages célébrés au Chili. Mais cette disposition est restée isolée dans la matière des conflits des législations applicables aux droits naissant de la loi.

Nous avons dit que le principe posé par l'art. 16, al. 1, comporte aussi des exceptions : elles se rapportent aux contrats et aux successions.

28. IV. Les contrats. — Le C. F. ne contient pas de dispositions relatives aux contrats. Cette lacune a été comblée, au moins dans une certaine mesure, par le C. Ch. A la suite de la règle qui soumet les biens à la « *lex rei sitae* ». l'art. 16 ajoute : « Cette disposition s'entendra sans préjudice des stipulations contenues dans les contrats valablement faits en pays étranger. Mais les effets des contrats faits en pays étranger pour être exécutés au Chili seront régis par les lois chiliennes ».

Il suffit de lire ce texte pour se rendre compte qu'il n'a pas la précision suffisante pour résoudre les questions de très grand intérêt pratique auxquelles peut donner lieu le conflit des lois dans la matière des contrats. Si on veut déterminer le champ d'application de la loi étrangère, il faut se mettre d'accord sur la portée du mot *stipulation*. Est-ce que le législateur a voulu par là consacrer le principe de l'autonomie, de la volonté ?¹ D'autre part, pour savoir où com-

1. A. Weiss, *op. cit.*, p. 402 et s.; — J. P. Niboyet, *op. cit.*, n° 681 et s.; — F. Surville, *op. cit.*, n° 217 et s.

mence le domaine de la loi chilienne, on doit déterminer d'avance l'étendue de l'expression *effets des contrats*. Est-ce que tous les droits et obligations naissants d'un contrat y sont compris? ou est-ce qu'il faut faire des discriminations¹?. Nous ne faisons qu'énoncer ces questions qui se réfèrent à l'un des points délicats du droit international privé et que nous ne pouvons pas développer sans sortir du cadre de notre étude.

Une exception à la règle qui nous occupe est intéressante à signaler. L'art. 135 al. 2 dit : « Ceux qui se sont mariés en pays étranger, et qui viennent établir leur domicile au Chili, seront réputés séparés de biens toutes les fois où, d'après les lois sous l'empire desquelles ils se sont mariés, il n'y a pas entre eux société des biens ». Pour justifier cette disposition, il faut rappeler qu'au Chili on n'admet pas la liberté de conventions matrimoniales. Le C. Ch., modifié par la loi de 12 mars 1925, reconnaît seulement le régime de communauté et la séparation de biens. Or, le législateur, prévoyant le cas de personnes mariées à l'étranger sous un régime non connu de la loi chilienne, et qui viendraient fixer leur domicile au Chili, a voulu leur éviter les inconvénients d'être régies dans le pays par le régime de droit commun, c'est-à-dire, la communauté légale et il les a placées sous l'autre régime accepté par la loi : la séparation de biens. Il faut re-

1. J. P. Niboyet, *op. cit.*, n^o 507, 3^o.

marquer cependant que la disposition de l'art. 135 a donné lieu à une controverse; des auteurs ont soutenu que les époux mariés à l'étranger qui établissent leur domicile au Chili, continuent à être régis par le régime sous lequel ils se sont mariés, serait-il le dotal ou un autre non reconnu par la loi chilienne¹.

En tout cas, ce qui n'est pas discutable, c'est que l'art. 135 s'applique seulement dans l'hypothèse de deux époux étrangers ou d'un Chilien et d'un étranger, car si les deux sont chiliens, leur loi nationale continue à les régir dans cette matière, même s'ils résident en pays étranger, conformément à l'art. 15. Donc, si deux Chiliens se marient à l'étranger sous un régime qui ne soit pas reconnu par la loi chilienne et reviennent au pays, ils seront traités comme s'ils s'étaient mariés au Chili.

Pour terminer, nous observons que l'art. 16 se réfère seulement aux biens. Les contrats n'ont pas été l'objet d'une disposition générale en ce qui se rapporte au droit des personnes. Des dispositions spéciales à ce sujet peuvent être relevées dans les arts. 119, 120 et 121 relatifs aux effets et à la dissolution du mariage.

29. V. Les successions. — La règle que les biens sont régis par la « *lex rei sitae* » souffre une autre exception dans la matière des successions.

¹ L. Claro, *op. cit.*, t. II, n^{os} 1062 et s.; — J. Chacon, *op. cit.*, t. I, p. 131.

Art. 955. — « La succession aux biens d'une personne s'ouvre au moment de son décès à son dernier domicile, sauf les cas expressément exceptés.

« La succession se règle d'après la loi du domicile où elle s'ouvre, sauf les exceptions légales ».

Comme on le voit, c'est la loi du dernier domicile qui régit, en principe, la succession tout entière. En France, à défaut d'un texte, la jurisprudence fait la distinction entre les meubles et les immeubles, solution qui est critiquée souvent par la doctrine : « il est à la fois illogique et contraire à la volonté du défunt de scinder en deux parties son patrimoine pour appliquer deux lois différentes¹ ».

La règle de l'art. 955 comporte, à son tour, des exceptions. La principale a été édictée dans un but de protection des sujets chiliens. Après avoir déclaré que « les étrangers sont appelés aux successions *ab intestat* ouvertes au Chili de la même manière et suivant « les mêmes règles que les chiliens », le Code envisage le cas contraire d'une succession ouverte en pays étranger et il accorde aux *chiliens*, sur les biens du défunt, les mêmes droits que leur confère la loi chilienne. En plus, dans tous les cas où une succession serait composée à la fois de biens situés à l'étranger et de biens situés au Chili et où des intéressés étrangers seraient en concurrence avec des intéressés chiliens,

1. Baudry-Lacantinerie, *op. cit.*, t. I, n° 76 et s.; — Planiol, *op. cit.*, t. I, n° 191; — A. Weiss, *op. cit.*, p. 596 et s.; — J. P. Niboyet, *op. cit.*, n° 720 et s.; — F. Surville, *op. cit.*, n° 336 et s.

ceux-ci pourront demander qu'il leur soit attribuée leur part sur les biens situés au Chili. (arts. 997, 998, 15-2^o)¹. Une disposition analogue, mais plus restreinte, se trouve dans l'art. 2 de la loi du 14 juillet 1819, qui abrogea les arts. 726 et 912 du C. F.

Une autre exception à la règle de l'art. 955 peut être déduite des arts. 81 et 89, d'après lesquels les successions de ceux qui, dans le pays, ont été déclarés absents, s'ouvrent au dernier domicile qu'ils ont eu au Chili. Dans ce cas la loi applicable serait la loi chilienne, même si l'absent avait eu un autre domicile à l'étranger après sa disparition².

30. VI. La forme des actes. — Le C. F. garde le silence sur ce point. Le projet contenait un article consacrant la maxime « locus regit actum », mais il disparut au cours des travaux préparatoires³. Le C. Ch. traite la question dans les articles suivants :

Art. 17. — « La forme des instruments publics⁴ est « déterminée par la loi du pays où ils ont été faits. Leur « authenticité se prouvera suivant les règles établies « dans le Code de Procédure⁵.

1. J. C. Fabres, *Instituciones*, t. II, note 15; — J. Chacon, *op. cit.*, t. I, p. 31.

2. J. C. Fabres, *Ibid.*, note 2.

3. Fenet, *Recueil complet de travaux préparatoires du Code civil*, t. VI, p. 66.

4. L'instrument public a été défini par l'art. 1699 dans ces termes : Un instrument public ou authentique est celui qui est autorisé avec les solennités légales par le fonctionnaire compétent ».

5. Code de Procédure civile, art. 334.

« La forme se réfère aux solennités externes et l'authenticité au fait d'avoir été réellement reçus et autorisés par les personnes et de la manière indiquée dans les dits instruments.

Art. 18. — « Dans les cas où les lois chiliennes exigent des instruments publics pour des preuves qu'on doit faire et produire des effets au Chili, les actes sous seing privé n'auront aucune valeur, quelle que soit leur force dans le pays où ils ont été faits ».

Voyons comment, avec ces dispositions, on peut résoudre les différentes hypothèses susceptibles de se présenter.

31. Actes pour lesquels la loi chilienne et la loi étrangère exigent l'instrument authentique. — Ils seront valables au Chili, s'ils ont été dressés conformément à la loi du pays de passation. Ce cas est le plus simple; la même solution est admise partout. « Quand on s'adresse à un officier public, dit M. Surville, pour faire rédiger un acte, celui-ci, qui tient ses pouvoirs de sa loi nationale, ne peut obéir qu'à elle. S'il agit différemment, se plaçant en dehors des termes de la délégation qu'il en a reçue, l'acte n'a plus de caractère public. Si donc un Français a recours au ministère d'un officier public étranger, la règle « *locus regit actum* » s'impose à lui : elle est impérative¹ ».

1. *Op. cit.*, n° 205; V. J. P. Niboyet, *op. cit.*, n° 545; — A. Weiss, *op. cit.*, p. 397.

En matière de testaments, on peut signaler une exception qui est indirectement en relation avec l'hypothèse qui nous occupe. Dans un paragraphe intitulé : « Des testaments *solennels* faits en pays étranger », le C. Ch. contient la disposition suivante :

Art. 1027. — « Sera valable au Chili le testament « écrit, fait en pays étranger, si, en ce qui concerne « les solennités, il résulte qu'il a été fait conformément « aux lois du pays où il a été rédigé et s'il est justifié, en « outre, de l'authenticité de l'instrument respectif dans « la forme ordinaire. »

D'après cet article le testament solennel *non* écrit fait à l'étranger conformément à la loi locale ne serait pas valable au Chili contrairement au principe « *locus regit actum*¹ ».

32. Actes pour lesquels la loi chilienne et la loi étrangère n'exigent pas l'instrument authentique. — Ce cas n'a pas été prévu par le Code. Il semble évident que l'acte sous seing privé rédigé en pays étranger conformément à la loi du lieu, doit être valable au Chili. L'art. 16 corrobore cette conclusion, car il parle en

1. Quoique l'art. 1027 se réfère seulement au testament *solennel* fait en pays étranger, on l'applique aussi aux autres espèces de testaments et on soutient qu'un testament fait à l'étranger n'est valable au Chili que lorsqu'il a été rédigé par écrit. D'après cette opinion, le testament olographe fait à l'étranger conformément à la loi locale sera reconnu au Chili, quoique la loi chilienne ignore cette forme de testament; par contre, un testament verbal qui, fait au Chili, pourrait être admis dans certains cas, ne serait jamais reconnu s'il a été fait à l'étranger (v. J. C. Fabres, *Instituciones*, t. II, note 18).

général de « contrats valablement faits en pays étranger », mais la question est de savoir si le Chilien pourrait observer à l'étranger la forme de sa loi nationale. Par exemple, une promesse bilatérale de vente entre deux Chiliens, rédigée en France par acte sous seing privé sans se conformer à l'art. 1325 du C. F., serait-elle valable au Chili¹. En France les solutions données à ce sujet peuvent être résumées ainsi : pour les actes privés passés entre personnes d'une même nationalité, la règle « *locus regit actum* » est *facultative*, c'est-à-dire qui sont valables en France les actes privés passés à l'étranger par des Français se conformant à la loi française et ceux des étrangers passés en France selon leur loi nationale².

Au Chili, nous croyons qu'on doit reconnaître les actes privés passés par des Chiliens à l'étranger en observant les formes de la loi nationale; l'art. 17 ayant parlé seulement d'instruments publics, on peut accepter pour les actes privés la solution plus favorable au moyen d'un argument « *a contrario* ». Mais on ne peut pas dire la même chose pour les actes passés au Chili par des étrangers observant les formes de leur loi respective, le principe de la territorialité posé par l'art. 14 mettant obstacle à leur validité.

33. Actes pour lesquels la loi chilienne exige l'instrument authentique et la loi étrangère ne l'exige pas. —

1. D'après l'art. 1554 du C. Ch., l'écrit est une solennité de la promesse bilatérale.

2. A. Weiss, *op. cit.*, p. 400-401; — J. P. Niboyet, *op. cit.*, n° 549 et s.; — F. Surville, *op. cit.*, n° 206 et s.; — Baudry-Lacantinerie, *op. cit.*, n° 84 *bis*.

Cette hypothèse est résolue par l'art. 18, en ce sens que l'acte qui pourrait être fait valablement à l'étranger sans observer la forme authentique, ne pourra être *prouvé* au Chili que par instrument public.

En France, il y a des auteurs qui acceptent la validité des actes rédigés sous seing privé par des Français à l'étranger dans le cas où la loi locale admet qu'un pareil acte est suffisant, alors que, au contraire, la loi française exige un acte authentique pour la validité même de l'opération juridique¹. Ils font valoir en leur appui le fondement pratique de la règle « *locus regit actum* » ; s'il en était autrement, dit-on, l'accomplissement de certains actes deviendrait impossible en pays étranger. Comment dresserait-on un acte notarié dans un pays où il n'y a pas de notaires, ou bien dans un pays où ils n'ont pas qualité pour recevoir l'acte dont il s'agit ? Cependant, il y a aussi des auteurs qui soutiennent la nullité de l'acte dans l'hypothèse en question².

La solution adoptée par l'art. 18 du C. Ch., qui ne fait pas d'ailleurs de distinction quant à la nationalité des parties, est d'un caractère intermédiaire. On ne peut pas dire, en effet, que la validité même de l'acte ne soit pas reconnue, l'instrument public étant exigé seulement « *ad probationem* » et non pas « *ad solemnitatem* », mais, pratiquement, la règle « *locus regit actum* »

1. A. Weiss, *op. cit.*, p. 397-398; — F. Surville, *op. cit.*, n^{os} 191 et s.; — Planiol, *op. cit.*, t. I, n^{os} 194 et 287; — Baudry-Lacantinerie, *op. cit.*, t. I, n^{os} 83 et 84.

2. J. P. Niboyet, *op. cit.*, n^o 537

est écartée, car, si l'acte ne peut être prouvé au Chili que par le moyen de l'instrument public, on exige indirectement qu'il soit rédigé sous cette forme.

La loi sur le mariage civil contient une disposition qu'on peut considérer comme une exception à la règle de l'art. 18 du Code Civil. Selon l'art. 15, le mariage contracté en pays étranger en se conformant à la loi locale produira au Chili *les mêmes effets* que s'il avait été valablement célébré en territoire chilien. Quoique, au Chili, le mariage doive avoir lieu devant un officier public, on ne pourrait pas, sans violer l'art. 15 de la loi précitée, exiger la preuve par instrument public d'un mariage célébré dans un pays qui reconnaîtrait comme valable le mariage non solennel.

34. Actes dressés à l'étranger par un fonctionnaire chilien. — Jusqu'ici nous avons parlé de la forme des actes sans tenir compte des agents diplomatiques et consulaires. Or, ceux-ci ont des attributions, plus ou moins étendues, suivant les législations des différents pays, pour faire des actes authentiques qu'ils doivent dresser selon les prescriptions de leur loi nationale, à laquelle ils sont soumis dans l'exercice de leurs fonctions. Voici donc des actes qui font exception aussi à la règle « *locus regit actum*¹ ».

Les art. 1028 et 1029 du C. Ch. donnent tout pouvoir aux Ministres Plénipotentiaires, Chargés d'affaires,

1. J. P. Niboyet, *op. cit.*, n^{os} 546 et s.; F. Surville, *op. cit.*, n^{os} 197 et s

Secrétaires de Légation et Consuls du Chili à l'étranger, pour autoriser des testaments de Chiliens ou d'étrangers domiciliés au Chili et déterminent les formalités qu'ils doivent observer.

D'autre part, selon l'art. 17 de la loi consulaire du 29 septembre 1925, les Consuls généraux et particuliers de profession et les Consuls d'élection de nationalité chilienne peuvent dresser des actes de l'état civil et des actes notariés concernant des Chiliens ou des étrangers qui doivent produire des effets au Chili, avec les mêmes facultés qui appartiennent aux notaires et aux officiers de l'état civil.

Etant donné l'étendue des attributions conférées par la loi aux agents consulaires chiliens à l'étranger, il est facile d'éviter les difficultés auxquelles peut donner lieu l'application pratique des art. 17 et 18 du Code civil, en s'adressant à ces fonctionnaires pour faire les actes qui doivent produire des effets au Chili.

35. VII. Conclusions. — De l'aperçu sommaire que nous venons de donner, on peut dégager quelques conclusions :

1) Les dispositions du C. Ch. en matière de droit international privé sont beaucoup plus complètes que celles du C. F., mais il y a des imperfections et des lacunes à relever. Notamment, la compétence judiciaire et la procédure n'ont été l'objet de dispositions.

2) Le principe de la territorialité absolue posé par

l'art. 14 à l'égard des personnes est contraire à la tendance manifestée par la doctrine et les législations, favorables à l'application du statut personnel.

3) Les règles de droit international privé doivent disparaître du Code civil et un grand pas a été fait dans ce sens, avec l'approbation, par la Commission de Jurisconsultes de Rio de Janeiro, d'un projet de Code de Droit international privé. Toutefois, si on voulait reformer et compléter les articles du C. Ch. on trouverait, peut-être, un guide dans le C. Brésilien, dont le cadre de dispositions sur la matière pourrait, surtout, servir de modèle.

SECTION IV

DE L'INTERPRETATION DE LA LOI

§ I. Interprétation doctrinale

36. Nous nous bornerons à signaler ici le large emploi qu'on fait au Chili de la doctrine juridique française. Etant donné que le C. Ch. a suivi de près le Code Napoléon, non seulement les ouvrages de droit civil français servent à la formation des juristes, mais aussi les commentaires du C. F. sont cités couramment, même devant les tribunaux, dans les cas controversés. Il est donc indispensable aux hommes de loi du Chili de bien connaître les différences qui séparent les deux Codes, pour ne pas s'exposer à faire de fausses applications des opinions soutenues par les auteurs français.

§ II. Interprétation législative

37. D'accord avec l'art. 5 du C. F., l'art. 3, al. 1 du C. Ch. dit : « Il n'appartient qu'au législateur de
« donner de la loi une explication ou une interprétation
« qui oblige d'une manière générale. »

En plus de cette disposition, on doit signaler celle de l'art. 9, al. 2 que nous avons citée à propos de la rétro-activité de la loi interprétative (v. n° 22).

Finalement, on peut citer l'art. 5 ainsi conçu :

Art. 5. — « La Cour suprême de Justice et les Cours
« d'appel, dans le courant du mois de mars de chaque
« année, rendront compte au Président de la République
« des doutes et des difficultés qui se sont présentés dans
« l'intelligence et l'application des lois et des lacunes
« qu'elles y remarquent. »

Cette disposition dont l'idée fût adoptée plus tard par le C. Espagnol et qui, malheureusement, n'a pas été observée, atteste, comme le dit M. Alvarez, les sentiments qu'ont eus ses auteurs de la nécessité de ne pas immobiliser le droit, de le mettre constamment au courant des besoins de la pratique et d'associer à cet effet dans une mesure sage le juge au législateur¹.

§ III. Interprétation judiciaire

38. I. Sa force obligatoire. — L'art. 3, al. 2 consacre

1. A. Alvarez, *Une nouvelle conception des études juridiques*, Paris 1904, p. 57, note. V. aussi p. 193 et s.

le principe de l'effet restreint de la chose jugée : « Les sentences judiciaires, dit-il, n'ont de force obligatoire qu'en ce qui concerne les causes dans lesquelles elles ont été prononcées¹ ».

39. II. La Cour suprême. — Le contrôle de l'interprétation judiciaire appartient en dernier degré à la *Corte Suprema*, qui est aussi Cour de cassation depuis l'introduction du pourvoi en cassation (*recurso de casacion en el fondo*) par le Code de Procédure civile de 1902 (art. 938 et s.).

Le pourvoi dit *en el fondo* est ouvert contre les sentences sans appel, émanant des Cours d'appel ou des tribunaux arbitraux assimilés et il doit être fondé sur une violation ayant influé substantiellement sur le dispositif de la sentence (art. 941).

Une différence importante doit être signalée avec le fonctionnement de la Cour de Cassation française : lorsque la Cour suprême, saisie d'un pourvoi *en el fondo* casse, au lieu de renvoyer l'affaire devant une Cour d'appel, elle prononce elle-même immédiatement, quoique par résolution séparée, la sentence finale.

40. III. Règles d'interprétation. — Double est la mission de l'interprète : a) Déterminer le sens véritable des textes légaux ; et b) Résoudre les questions qui n'ont pas été prévues par la loi.

1. On peut citer comme exception à cette règle les dispositions des art. 315 et 316, qui élargissent les effets de la chose jugée dans certaines questions relatives à l'état civil.

a) Pour déterminer le sens de la loi, le C. F. ne donne pas de règles; on ne voulut pas conserver les dispositions que contenait le projet, parce qu'on estimait qu'elles étaient plutôt des règles doctrinales que des préceptes législatifs. Le C. Ch. au contraire, dans un paragraphe intitulé « Interprétation de la loi », contient six articles édictant des règles minutieuses, empruntées au Projet de C. F. et au Code de la Louisiane. Le parti pris par le législateur chilien, contraire au système des Codes modernes, s'accorde avec l'opinion de Laurent, qui croyait qu'il aurait été utile de formuler les principes qui régissent l'interprétation des lois. Ils auraient eu, dans la bouche du législateur, une autorité plus grande que celle que la doctrine et la jurisprudence peuvent leur donner¹.

Les articles en question sont ainsi conçus :

Art. 19. — « Lorsque le sens de la loi est clair, on ne s'écartera pas du sens résultant de sa teneur littérale « sous prétexte de consulter son esprit.

« On peut toutefois, pour interpréter une expression « obscure de la loi, recourir à son intention ou à son esprit « clairement manifesté par la loi même, ou par l'histoire « véridique de son établissement. »

Art. 20. — « Les expressions de la loi seront prises « dans leur sens naturel et évident (*obvio*) suivant l'usage

1. F. Laurent, *op. cit.*, t. I, n° 268.

«général des dites expressions : lorsque, toutefois, le « législateur les a définies expressément pour certaines « matières, on donnera, dans ces cas, à ces expressions « leur signification légale ».

Art. 21. — « Les expressions techniques de toute « science et de tout art seront prises dans le sens que leur « donnent ceux qui professent cette science ou cet art, « à moins qu'il n'apparaisse clairement qu'elles ont été « prises dans un sens différent. »

Art. 22. — « Le contexte de la loi servira pour éclairer « le sens de chacune de ses parties, de manière qu'il y ait « entre toutes la correspondance et l'harmonie qui con- « viennent. »

« Les passages obscurs d'une loi pourront être éclairés « au moyen des autres lois, particulièrement lorsqu'elles « ont le même objet. »

« Art. 23. — Il ne sera pas tenu compte de ce qu'il « y a de favorable ou d'odieux dans une disposition pour « étendre ou restreindre son interprétation. L'extension « à donner à toute loi sera déterminée par son sens naturel « et suivant les règles d'interprétation précédemment « établies. »

Art. 24. — « Dans les cas où les règles précédentes « d'interprétation ne pourraient recevoir leur application, « les passages *obscurs* ou *contradictoires* seront interprétés

« de la manière qui paraîtra la plus conforme à l'esprit
« général de la législation et à l'équité naturelle. »

On pourrait citer aussi, comme se référant indirectement au même sujet, les art. 4 et 13, qui décident que les dispositions spéciales doivent prévaloir sur les dispositions générales.

b) En ce qui concerne les cas non prévus par la loi, le C. Ch. ne contient aucune disposition; rien n'a été dit sur l'obligation du juge de *jurer* même dans les hypothèses non réglementées par les textes, ni sur les principes qu'on doit appliquer dans ces cas, les règles transcrites ayant seulement pour objet de déterminer le véritable sens des textes légaux. De son côté, la loi sur l'organisation et les attributions des tribunaux, du 15 octobre 1875, dans son art. 9, défend au juge d'excuser son abstention dans les affaires de sa compétence en se fondant sur l'absence d'une loi applicable à la question soumise à sa décision, mais garde silence sur les principes selon lesquels les questions non prévues doivent être résolues. Si, en appliquant les règles d'interprétation, il apparaît que le cas envisagé n'a pas été prévu, le juge devra-t-il débouter nécessairement le demandeur ? La réponse n'étant pas écrite dans les textes législatifs chiliens, il appartient à la doctrine de la donner.

41. Droit comparé. — C. Français. — Sur la question

1. Planiol, *op. cit.*, t. I, n° 221-222; — H. Capitant, *op. cit.*, n° 70 et s.; — Baudry-Lacantinerie, *op. cit.*, t. I, n° 89.

qui nous occupe, le C. F. contient seulement la disposition de l'art. 4, selon laquelle « le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice ». Aucune règle d'interprétation n'a été donnée et rien n'a été dit au sujet des normes que le juge doit suivre dans les cas non prévus. La même question que nous venons de poser pour le droit chilien peut donc se présenter aussi en droit français. La doctrine enseigne que, dans les cas non prévus, le juge n'est pas obligé de débouter le demandeur; il doit tenir compte, pour décider, des solutions données pour les cas analogues et des principes généraux du droit. Cette solution a même à son appui l'opinion de Portalis, qui disait : « Si l'on manque de loi, il faut consulter l'usage et l'équité ».

*C. Autrichien*¹. — Dans le Code révisé on n'a pas touché aux articles relatifs à l'interprétation, qui sont ainsi conçus :

Art. 6. — « Il ne doit être donné aux lois, dans leur application, d'autre sens que celui qui ressort clairement de la signification propre des mots pris dans leur ensemble ainsi que de l'intention manifeste du législateur. »

Art. 7. — « Lorsqu'une cause judiciaire ne peut être décidée ni d'après le texte littéral, ni d'après le sens naturel de la loi, on doit prendre en considération des cas analogues déterminés par les lois ainsi que les motifs des lois qui se rapportent à des matières analogues.

1. M. de Gallaix, *op. cit.*, p. 312 et s.

Si, même alors, la cause demeure douteuse, elle devra être décidée d'après les principes du droit naturel, en ayant égard aux circonstances de l'affaire, qui devront être réunies avec soin et pesées avec maturité ».

*C. Italien*¹. — Une solution à peu près analogue se trouve dans le C. Italien, aux termes des art. 3 et 4 des Dispositions générales, ainsi rédigés :

Art. 3. — « On ne peut, dans l'application de la loi, lui attribuer d'autre sens que celui qui résulte manifestement de la signification propre des termes employés d'après leur connexion entre eux et l'intention du législateur.

« Quand une question ne peut se résoudre par le texte précis de la loi, on doit recourir aux dispositions régissant les cas semblables ou des matières analogues : si elle reste encore douteuse, elle se résoudra par les principes généraux du droit.

Art. 4. — « Les lois pénales et celles qui sont restrictives du libre exercice des droits, ou qui dérogent soit aux principes généraux, soit à d'autres lois, ne s'étendent pas en dehors des cas et des époques expressément indiqués. »

C. Portugais. — Ce Code ne contient pas non plus de règles minutieuses d'interprétation, mais il se réfère expressément aux cas non prévus.

1. R. de Ruggiero, *op. cit.*, t. I p. 144 et s. — G. del Vecchio, *Les principes généraux du droit*, Traduction française de M. E. Demontès, Paris, 1925.

Art. 16. — « Si les questions relatives à des droits ou à des obligations ne peuvent être résolues soit par le texte de la loi, soit par son esprit, soit à l'aide des principes appliqués dans les cas analogues et prévus par d'autres lois, on devra recourir aux principes du droit naturel en tenant compte des circonstances de fait ».

*C. Espagnol*¹. — Sans donner aucune règle d'interprétation, ce Code, de même que les Codes antérieurs, se réfère aux cas non prévus par les textes. L'article respectif est ainsi rédigé :

Art. 6. — « Le tribunal qui refuse de décider, sous prétexte de silence, obscurité ou insuffisance de la loi, encourra une responsabilité.

« Lorsqu'il n'y aura pas une loi exactement applicable au point controversé, on appliquera la coutume du lieu et, à défaut, les principes généraux du droit ».

*C. Brésilien*². — A l'égal du C. Espagnol, le C. Brésilien ne contient aucune règle d'interprétation et, après avoir déclaré, dans l'art. 5 de l'Introduction, que le juge ne peut se dispenser de juger en se fondant sur le silence, l'obscurité ou le caractère douteux de la loi ce Code ajoute :

Art. 7. — « Aux cas non prévus s'appliquent les dis-

1. C. Valverde, *op. cit.*, t. I, p. 88-99 et 182-186.

2. C. Bevilacqua, *op. cit.*, t. I, Introduction, art. 5, ob. 3-5 et art. 7 ob. 1-4.

positions concernant les cas analogues et, s'il n'y en a pas, les principes généraux du droit ».

*C. C. Suisse*¹. — On ne trouve non plus dans le C. C. suisse aucune règle d'interprétation, mais il contient, pour les cas non prévus, un article de grande importance comme formule législative, ainsi conçu :

Art. 1. — « La loi régit toutes les matières auxquelles se rapportent la lettre ou l'esprit d'une de ses dispositions.

A défaut d'une disposition légale applicable, le juge prononce selon le droit coutumier et, à défaut de coutume, *selon les règles qu'il établirait s'il avait à faire acte de législateur*.

Il s'inspire des solutions consacrées par la doctrine et la jurisprudence ».

C. Allemand. — Ce Code ne contient aucune disposition concernant l'interprétation. Le Premier Projet, dans son article 1, déclarait que, pour les rapports de droit non réglés par le Code civil, il y aurait à faire application correspondante des dispositions admises pour des rapports analogues, et que, si toute disposition de ce genre faisait défaut, il faudrait se laisser guider par les principes résultant de l'esprit général de l'ensemble du droit. La seconde Commission supprima cette disposition, ce qui impliquait la volonté de se remettre

1. Rossel et Mentha, *op. cit.*, t. I, n^o 52 et 53.

par avance aux règles qui seraient tracées par la doctrine¹.

Si on examine les opinions soutenues par les auteurs allemands, on découvre un important mouvement appelé « *freies Recht* » (droit libre), tendant à rendre moins étroit l'asservissement du juge à la loi. Mais selon ce que dit M. Gény², « tous les efforts poursuivis, tous les travaux accumulés, toutes les discussions entreprises sur ce thème par les jurisconsultes allemands, n'ont pas abouti à une synthèse qui valût même la formule, si simple et si pleine à la fois, de l'art. 1^{er} du Code civil suisse ».

42. Conclusion. — Le système adopté par le C. Ch. en ce qui concerne l'interprétation judiciaire des lois mérite d'être critiqué. Il est vrai que les règles d'interprétation insérées dans le Code constituent une protection contre l'arbitraire du juge. Il est vrai aussi que ces règles ne font que reproduire des principes acceptés uniformément par la doctrine. Mais ces principes, élevés à la catégorie d'articles du Code s'imposent aux juges avec la force de préceptes légaux. Les règles en question, unies au silence de la loi sur les directives à suivre par le magistrat dans les cas non prévus, contribuent à sanctionner l'interprétation exégétique des textes, si

1. C. Bufnoir, etc., *op. cit.*, t. I, Introduction par R. Saleilles, n° XXVII, p. XX-XXI; — R. Saleilles, *Introduction à l'étude du Droit civil allemand*, X, p. 88 et s.

2. F. Gény, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, t. II, n° 222. V. n°s 205 et s.

peu favorable à l'adaptation de la loi à l'évolution du milieu. On réduit ainsi au minimum l'intérêt de la jurisprudence et le législateur, privé de sa collaboration, doit multiplier les lois.

La tendance moderne n'est pas d'accord avec le système préconisé par le C. Ch. Il nous suffit de renvoyer aux législations citées et spécialement au C. C. Suisse, dont la disposition transcrite fait du juge un législateur¹. M. Eugène Huber, dans son exposé des motifs de l'avant-projet, à propos de l'art. 1^{er}, s'exprime ainsi² : « On objectera sans doute à la solution toute naturelle du projet, qu'elle laisse trop de latitude au juge, et nous ne contestons pas que cette objection ait une certaine force. Le juge deviendra plus libre qu'il ne l'est actuellement là où l'on exige de lui qu'il tire tout de la loi, en recourant à la rigueur aux interprétations les plus sujettes à caution. Il exercera son ministère avec plus de dignité dès l'instant où l'on ne lui demandera plus de pareils tours de force. Il doit être autorisé à reconnaître que le droit écrit a ses lacunes, qu'aucune interprétation ne peut combler. Et, cette constatation faite, il prononce en se fondant, non sur une loi qui serait absolument complète, mais sur le droit qui doit l'être, et il crée lui-même la norme qu'il estimerait juste et sage, dans le cadre de l'ordre juridique existant, s'il faisait office de législateur ».

1. F. Gény, *op. cit.*, t. II, n^{os} 201-204; — P. Lucien Brun, *Le rôle et les pouvoirs du juge dans le Code civil suisse*, Thèse, Grenoble, 1920.

2. *Op. cit.*, t. I, p. 31-32.

La doctrine, de son côté, s'efforce de faire de la jurisprudence une source du droit¹. M. J. Flach disait : « Codifions le moins que nous le pourrons. Ne légiférons pas tant pour innover que pour consolider et coordonner, laissons la coutume naître, vivre, évoluer, accordons une grande marge à la jurisprudence, source vive, régulatrice de la coutume²... ». Et voici encore des paroles de M. Capitant : « A côté de l'œuvre législative, une autre source a enrichi notre droit civil, c'est la jurisprudence des tribunaux, qui ont su, par une interprétation perspicace, par une compréhension supérieure des besoins économiques de la société, développer, compléter les prescriptions du Code Napoléon. Ce droit jurisprudentiel, formé sous la prudente direction de la Cour de Cassation, présente une plasticité remarquable, bien supérieure à celle de la loi, car il sort du conflit des intérêts. Il y a de tels avantages que l'on a même pu se demander s'il n'était pas préférable à une nouvelle codification. Sans entrer dans la discussion de cette question, il nous suffit de constater l'importance et la valeur de cette source, qui vient sans cesse alimenter et rajeunir le droit civil français³ ».

1. F. Génv, *op. cit.*; — H. de Page, *De l'interprétation des lois*, 2 vol., Bruxelles, 1925 et l'article de M. F. Génv dans la *Revue trimestrielle de Droit civil*, 1925, p. 857 et s.; — A. Alvarez, *op. cit.*, p. 203 et s.; — C. de Diego, *La Jurisprudencia como fuente del Derecho*, Madrid, 1925.

2. Préface à l'ouvrage de M. A. Alvarez, p. IV.

3. Article publié à propos de l'introduction du droit civil français en Alsace et Lorraine. Volume contenant plusieurs études publiées par la Faculté de Droit de Strasbourg, p. 166; v. M. Nast, *La fonction de la jurisprudence dans la vie juridique française*, Strasbourg, 1922; — E. H. Perreau, *Technique de la jurisprudence en droit privé*, 2 vol., Paris, 1923.

Seraient souhaitables, en conséquence, la suppression des art. 19-24 et l'introduction dans le Code d'une disposition indiquant au juge la norme à suivre dans les cas non prévus.

43. IV. Appendice. — Définitions. — Nous rapprochons de l'interprétation de la loi le § 5 du Titre Préliminaire du C. Ch., destiné à donner des définitions de différentes expressions d'un usage fréquent dans les lois. On a défini, entre autres, « infante », impubère, adulte, mineur, majeur, consanguinité légitime et illégitime, alliance légitime et illégitime, enfant illégitime, enfant naturel; enfants adultérins, incestueux et sacrilèges; frères germains, consanguins et utérins; parents, représentants légaux, culpa « lata », « leve » et « levisima »; dolus, cas fortuit ou force majeure, caution, présomptions. On a indiqué aussi la manière de déterminer les degrés de parenté et de compter les délais de jours, mois et années. On a dit, enfin, comment il faut entendre les mesures d'étendue, de poids, etc. (art. 25-51).

Nous n'examinerons pas ici les définitions énoncées qui se rapportent à différentes matières. Nous signalons seulement le procédé du Code qui a réuni en un paragraphe une série de définitions utiles, où plusieurs questions ont été résolues et qui servent à fixer le sens d'un certain nombre d'expressions de nature à être souvent employées par le législateur. Ce ne sont pas d'ailleurs les seules définitions insérées dans le C. Ch.; on

pourrait citer encore de nombreux articles contenant directement ou indirectement des définitions.

Nous devons ajouter, au sujet de la définition comme instrument de la technique législative, que l'une des caractéristiques les plus saillantes du C. Allemand est de contenir un nombre considérable de définitions légales. Ce système de définitions, destinées non pas à formuler des concepts théoriques, mais à indiquer seulement le sens exact de quelques expressions employées par le législateur, « a permis d'alléger beaucoup les dispositions où certains faits juridiques devaient figurer : il a suffi de les désigner par l'expression une première fois définie et admise par la terminologie du Code civil¹ ».

SECTION V

DE L'ABROGATION DE LA LOI

44. Formes. — Tandis que le C. F. a gardé le silence sur l'abrogation de la loi, le C. Ch. lui a consacré un paragraphe spécial, dont l'art. 52 distingue la dérogation expresse et la tacite, la totale et la partielle et l'art. 53 déclare que la dérogation tacite laisse en vigueur dans les lois antérieures, quoiqu'elles soient sur la même ma-

1. C. Bufnoir, etc., *op. cit.*, t. I, *Introduction* par R. Saleilles, n° XXXIV-V. liste de définitions, p. XLI et s. — Relativement à la matière, on peut consulter J. Ray, *Essai sur la structure logique du Code civil français*, Paris, 1926, p. 217 et s.; — F. Gény, *Science et technique en droit privé positif*, t. I, n° 52 et t. III, n° 254 et s.; — J. Becquart, *Les mots à sens multiples dans le droit civil français*, Paris, 1928.

tière, tout ce qui n'est pas contraire aux dispositions de la loi nouvelle.

Selon cette dernière disposition, la loi spéciale ne déroge que partiellement la loi générale. Pour le cas contraire, le C. Ch. ne contient pas une solution générale, mais les art. 4 et 13 qui ordonnent d'appliquer les dispositions spéciales de préférence aux dispositions générales, consacrent indirectement le principe : « *Legi speciali per generalem no derogatur* », règle qui n'est pas d'ailleurs d'une portée absolue et qu'on doit appliquer selon les circonstances¹. Le C. Brésilien dit avec raison : « Une disposition spéciale ne révoque pas une disposition générale, ni une disposition générale une spéciale, sauf quand elle se réfère à celle-ci ou à son objet en le modifiant explicitement ou implicitement (Introduction art. 4)².

45. La désuétude. — Nous avons déjà vu que le projet de C. Ch. avait accepté la dérogation de la loi par désuétude, mais le Code définitif, n'ayant reconnu de force légale à la coutume que dans le cas où la loi s'y réfère (art. 2) a rejeté par là même la dérogation à la loi par le non usage.

En droit français la question a été controversée³.

1. Baudry-Lacantinerie, *op. cit.*, t. I, n° 44; — R. de Ruggiero, *op. cit.*, t. I, p. 165 et s.

2. C. Bevilacqua, *op. cit.*, t. I, Introduction, art. 4, ob. 5.

3. F. Génv, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, t. I, n° 127 et s.; — H. Capitant, *op. cit.*, n° 51; — Planiol, *op. cit.*, t. I, n° 231 — Baudry-Lacantinerie, *op. cit.*, t. I, n° 43; — L. Josserand, *op. cit.*; t. I, n° 101.

Le C. Espagnol (art. 5) et le C. Portugais (art. 9) repoussent expressément la désuétude comme moyen d'abroger la loi; le C. Italien (Disp. Gen. art. 5) et le C. Brésilien (Introduction, art. 4) la rejettent indirectement en disant que la loi ne peut être abrogée que par la loi.

LIVRE I

Des Personnes

TITRE I

DES PERSONNES EN GÉNÉRAL

CHAPITRE PREMIER

DES PERSONNES ET DU COMMENCEMENT DE LEUR EXISTENCE

46. I. Définition. — Après avoir divisé les personnes en naturelles et juridiques et renvoyé, pour ces dernières, à un titre spécial (art. 54), le C. Ch. donne de la personne naturelle la définition suivante :

Art. 55. — « Les personnes sont tous les individus de
« l'espèce humaine, quels que soient leur âge, leur sexe,
« leur rang, leur condition ».

Cette disposition a une justification historique. Sous l'ancienne législation espagnole, on déniait la personnalité aux monstres ; on acceptait l'esclavage ; on faisait des distinctions entre les nobles et les plébéiens, etc., etc... Ce fut pour exprimer la volonté formelle de mettre fin aux différences entre les individus que

l'auteur du Code, inspiré des idées égalitaires et démocratiques, inséra la définition transcrite¹.

47. II. L'enfant conçu. — Le C. F. ne contient aucune disposition consacrant comme principe général la règle : « infans conceptus pro nato habetur quoties de commodis ejus agitur » ; il y a seulement des articles qui font application de cet adage (art. 725 et 906). Il en est de même dans le C. Italien (art. 724 et 888) et dans le C. Allemand (art. 844, 1923 et 2043)². Au contraire, il y a des législations qui, sans faire remonter le commencement de la personnalité proprement dite au moment de la conception — comme l'a fait le C. Argentin³ — ont édicté cependant des dispositions générales reconnaissant à l'enfant conçu la capacité de jouissance des droits civils, d'accord avec l'adage cité. Parmi ces législations on peut mentionner le C. Portugais (art. 6), le C. Espagnol (art. 29), le C. Brésilien (art. 4) et le C. C. Suisse (art. 31)⁴. A ce dernier groupe appartient le C. Ch., dont la disposition est ainsi conçue :

1. L. Claro, *op. cit.*, t. I, n° 324.

2. Planiol, *op. cit.*, t. I, n° 367; L. Josserand, *op. cit.*, t. I, n° 186. — R. de Ruggiero, *op. cit.*, t. I, p. 323-324; — C. Bufnoir, etc., *op. cit.*, t. I, art. 1, note § III.

3. Art. 63 et 70. R. Salvat, *op. cit.*, *Parte General*, n°s 483-484.

4. C. Valverde, *op. cit.*, t. I, p. 227-228; — C. Bevilacqua, *op. cit.*, t. I, art. 4, ob. 1; — E. Curti-Forrer, *op. cit.*, art. 31, note 6; — Rossel et Mentha, *op. cit.*, t. I, n° 138. Le droit anglais accepte aussi le principe *in/fans conceptus*... V. W. Blackstone, *Commentaires des lois anglaises*, t. I, p. 226-227; — A. Curti, *Manuel de droit civil et commercial anglais*, p. 29-II et p. 43-1; — E. Jenks, etc., *Digeste de droit civil anglais*, t. I, art. 1 et 63.

Art. 77. — « Les droits qui seraient déférés à l'enfant
« qui est dans le sein de la mère, s'il était né vivant, seront
« suspendus jusqu'à la naissance. Et, si la naissance cons-
« titue un commencement d'existence, le nouveau-né
« entrera en jouissance des dits droits comme s'il eût été
« vivant à l'époque où ils lui ont été déférés. Dans le cas
« de l'art. 74, al. 2 (mort-né), ces droits passeront à d'au-
« tres personnes comme si l'enfant n'eût jamais existé ».

La solution adoptée par le dernier groupe de légis-
lations nous semble préférable. Une disposition géné-
rale évite les difficultés et permet d'appliquer le prin-
cipe « *infans conceptus...* » dans toutes les matières
où il peut offrir de l'importance¹. Mais pour atteindre
ce but, semble préférable la rédaction de l'al. 2 de l'art.
31 du C. C. suisse qui dit : « L'enfant conçu jouit des
droits civils, à la condition qu'il naisse vivant ».

43. *Epoque de la conception.* — Pour déterminer l'épo-
que de la conception, le C. Ch. donne la règle suivante :

Art. 76. — « La conception est présumée *de derecho*²
« avoir précédé la naissance de cent quatre vingts jours
« au moins et de trois cents jours au plus, comptés en
« arrière depuis l'heure de minuit où a commencé le
« jour de la naissance ».

1. E. Huber, *op. cit.*, t. I, p. 62-63.

2. Cette expression définie par l'art. 47, al. 4 équivaut à présomption
irréfragable. Au sujet de cette présomption, voir ce que nous disons
au n° 116-c.

L'intervalle entre les durées extrêmes assignées à la grossesse est donc de 120 jours, et non de 121 comme en droit français, et les termes de la disposition éliminent les questions que soulève l'art. 312 du C. F. sur la manière de compter les jours pour le calcul des délais¹. D'autre part, la règle transcrite a le mérite d'être d'une portée générale; la présomption établie s'applique dans tous les cas où l'époque de la conception est en jeu et non seulement dans les questions de filiation, unique matière envisagée directement par les dispositions du C. F., ainsi que par la plupart des Codes². D'autres difficultés ont été ainsi écartées³.

Mais il ne faudrait pas aller jusqu'à dire que toutes les questions ont été résolues avec la règle énoncée. En effet, l'art. 76 détermine, pour tous les cas et d'une façon irréfragable, les limites extrêmes de *la période* dans laquelle la conception peut avoir lieu, mais il ne fixe pas *le moment* de la conception. Si on discute, par exemple, si un enfant était ou non conçu au moment de l'ouverture d'une succession, personne ne pourra prétendre qu'il ne l'était pas s'il est né dans les cent quatre vingt

1. Colin et Capitant, t. I, nos 771 et 772; — Planiol, *op. cit.*, t. I, nos 1377-1378; — Planiol, Ripert et Rouast, *op. cit.*, n° 734; — Aubry et Rau, *op. cit.*, t. IX, § 545, notes 5-7 et p. 45.

2. C. F. (art. 312 et s.); C. Italien (art. 160); C. Espagnol (art. 108); C. Portugais (art. 101); C. Allemand (art. 1592 et 1717); C. Autrichien (art. 138 et 163); C. C. Suisse (art. 252-254 et 314); C. Brésilien (art. 338).

3. F. Laurent, *op. cit.*, t. VIII, n° 540; — Aubry et Rau, *op. cit.*, t. IX, § 592, p. 405, note 3; — Planiol, *op. cit.*, t. III, n° 1708; — Colin et Capitant, *op. cit.*, t. III, p. 440; — Baudry-Lacantinerie, *op. cit.*, t. III, n° 504; — R. de Ruggiero, *op. cit.*, t. II, p. 814-815; — E. Curti-Forrer, *op. cit.*, art. 31, note 6; — Rossel et Mentha, *op. cit.*, t. I, n° 138.

jours après l'ouverture et on n'admettra non plus aucune preuve pour soutenir qu'il était conçu, s'il est né après trois cents jours; mais, si la naissance a eu lieu dans la période intermédiaire, la discussion sera possible, le Code n'ayant pas statué. L'importance de la question est d'ailleurs limitée, car, dans la matière de successions, qui est la plus intéressante à cet égard, il faut écarter d'abord les cas où, en même temps, la légitimité de la filiation est en jeu, hypothèses dans lesquelles, en dehors de l'art. 76, d'autres dispositions seront applicables (art. 180 et s.). En outre, le C. Ch. autorise les assignations à personnes non conçues au moment de l'ouverture de la succession (art. 962).

49. III. L'enfant né.— Le C. F. ne contient pas de texte général déclarant à quelles conditions la personnalité de l'enfant né sera reconnue, mais de quelques dispositions spéciales (art. 314-3°, 725-2° et 906), il se dégage qu'on a admis le système de la *viabilité*, sans poser, d'ailleurs, de règles pour déterminer quand l'enfant est viable. Analogue est la solution du C. Italien (art. 724-2° et 1083), avec cette différence que ce dernier déclare que, dans le doute, l'enfant né-vivant est réputé viable (art. 724 dernier al.). Le C. Espagnol accepte aussi indirectement le système de la *viabilité*, dans une disposition générale qui exige que l'enfant ait vécu vingt-quatre heures complètement séparé de sa mère (art. 30). On pourrait citer encore, dans ce groupe de

mère législations, le C. Argentin (art. 72) et d'autres moins importants¹.

Le C. Ch. n'a pas adopté ce système; il exige seulement pour reconnaître la personnalité, que l'enfant soit né vivant. La disposition est ainsi conçue :

Art. 74. — « L'existence légale de toute personne « commence à la naissance, c'est-à-dire au moment où « elle est séparée complètement de sa mère.

« L'enfant qui meurt dans le sein maternel, ou qui « périt avant d'être complètement séparé de sa mère, « ou qui n'a pas survécu au moins un moment après la « séparation, sera réputé n'avoir jamais existé ».

La solution adoptée par le C. Ch. est très justifiée. Le système de la viabilité, présente dans la pratique de très graves difficultés et il expose à des solutions arbitraires. C'est avec raison qu'il a été critiqué dans les pays où la législation l'admet; il n'a pas été adopté par le droit anglais² et les codes les plus modernes et les plus parfaits l'ont abandonné. (C. Allemand, art. 1; C. C. Suisse, art. 31; C. Brésilien, art. 4)³. Mais, à la différence du C. Ch., qui a déterminé, dans l'article transcrit ci-dessus, ce qu'on doit entendre par enfant né vivant, aucun des trois Codes que nous venons de men-

1. Planiol, *op. cit.*, t. I, n° 368-369; — Colin et Capitant, *op. cit.*, t. III, p. 440; — R. de Ruggiero, *op. cit.*, t. I, p. 324; — C. Valverde, *op. cit.*, t. I, p. 230; — R. Salvat, *op. cit.*, *Partie General*, n° 489-490.

2. A. Curti, *op. cit.*, p. 43-1; — E. Lehr, *op. cit.*, t. I, n° 3.

3. C. Bufnoir, etc., *op. cit.*, t. I, art. 1, note § III; — Rossel et Mentha, *op. cit.*, t. I, n° 137; — E. Curti-Forrer, *op. cit.*, art. 31, note 2; — C. Bevilacqua, *op. cit.*, t. I, art. 4, ob. 3.

tionner n'a donné de précisions à ce sujet. C'est qu'il y a là un problème médical qu'il appartient à la science de résoudre et dont les solutions peuvent varier. Nous croyons intéressant de citer, à ce sujet, un paragraphe de M. E. Huber, dans l'Exposé des Motifs de l'Avant-Projet du C. C. Suisse¹ : « On a proposé de déclarer explicitement dans la loi que la personnalité ne commençait qu'une fois l'enfant détaché entièrement du corps de la mère, mais qu'il n'était pas nécessaire que l'enfant fût séparé du placenta. Après réflexion, nous avons cru devoir nous abstenir de toute définition de ce genre. Le droit actuel ne fournit pas d'indications aussi détaillées et, d'ailleurs, tout ce qui peut être exigé en droit, c'est que l'enfant vive de sa propre vie hors du corps de la mère. A quel moment cette condition est-elle réalisée ? C'est là une question qui, dans le doute, devra être soumise à des experts. Au surplus, les opinions des médecins ont, plus d'une fois, varié à ce sujet et peuvent changer encore. Une norme légale courrait donc le risque d'être considérée, au bout de peu de temps, comme ne concordant pas avec la science ».

1. *Op. cit.*, t. I, p. 62.

CHAPITRE II

DE LA NATIONALITE ET DU DOMICILE

§ I. La nationalité

50. Le C. Ch. n'a pas statué sur la nationalité. Il se borne à déclarer que les personnes se divisent en Chiliens et étrangers et que sont *Chiliens* ceux que la Constitution de l'Etat déclare tels (cart. 55 et 56¹).

On pourrait discuter sur la question de savoir si la nationalité appartient au droit public ou au droit privé², mais, ce qu'on peut assurer à l'heure actuelle, c'est que, dans les Codes civils les plus modernes, cette question n'a pas été réglementée. Même en France, où le C. civ. s'en occupe dans les art. 8 et s., la Cour de Cassation s'est ralliée à la conception du droit public³, et, depuis la loi du 10 août 1927, qui a abrogé les articles en question, la nationalité est restée en fait séparée du Code⁴. Le C. Ch. est donc d'accord avec la tendance moderne.

1. Les dispositions sur la nationalité se trouvent dans les art. 5 et 6 de la Constitution politique.

2. V. *Bulletin de la Société de Législation comparée*, 1917-1918, p. 333 et s.; — J. P. Niboyet, *op. cit.*, n° 12; — F. Surville, *op. cit.*, n° 31-II.

3. Chambres réunies, 2 février 1921, S. 1921-I-113; *Rev. de dr. int. privé*, 1921, p. 251.

4. A. Weiss, *Supplément, op. cit. Loi sur la nationalité*. L. Julliot de la Morandière et H. Batiffol, *La nationalité française d'après la loi du 10 août 1927*; supplément à l'ouvrage cité de M. F. Surville; — J. P. Niboyet, *op. cit.*, n° 48-260.

En ce qui concerne l'influence de la nationalité sur les droits civils, le C. Ch. dit :

Art. 57. — « La loi ne reconnaît pas de différence entre le chilien et l'étranger en ce qui concerne l'acquisition et la jouissance des droits civils régis par le présent Code. »

Comme exceptions à cette règle, on peut citer les dispositions des art. 611, 998, 1012-10° et 1028-1°, lesquelles, toutes, sauf celle de l'art. 998, dont nous avons déjà parlé (v. n° 29), admettent des différences fondées plutôt sur le domicile que sur la nationalité, car elles excluent de certains droits les étrangers *non domiciliés* au Chili. D'autre part, la « *cautio judicatum solvi* » a été supprimée. La situation des étrangers au Chili est donc meilleure que celle des étrangers en France (art. 11 et 16 du C. F.).

§ II. Le domicile

51. I. Catégories. — Le C. Ch. distingue expressément le domicile civil du domicile politique (art. 59). Ce dernier implique relation avec le territoire de l'Etat en général et, pour sa constitution et ses effets, la loi se réfère au droit international (art. 60).

Le domicile civil, appelé aussi « *vecindad* » (art. 62), est relatif à une partie déterminée du territoire de l'Etat (art. 61). La réglementation dont il a été l'objet diffère à plusieurs égards de celle contenue dans le C. F.

52. II. Le domicile civil. Notion. — Le C. F. (art. 102), suivi plus tard par le C. Italien (art. 16), avait adopté une conception un peu théorique, en disant que le domicile d'un sujet « est au lieu où il a son principal établissement¹ ». Cette notion s'écartait du système romain qui faisait de la résidence un élément essentiel du domicile².

Le législateur chilien s'inspira franchement de l'idée romaine. L'art. 59, al. 1, dit : « Le domicile consiste dans « la *résidence* jointe à l'intention réelle ou présumée d'y « rester à demeure ». L'art. 62 ajoute : « Le lieu où un « individu demeure, ou celui où il exerce habituellement « sa profession ou son office, détermine son domicile civil « ou *vecindad* ». Les articles suivants développent la théorie en donnant des directives pour établir l'existence des deux éléments du domicile : la *résidence* et l'*animus* d'y rester.

Cette conception, qui est plus réelle et, en conséquence, moins exposée à des difficultés et à des incertitudes, a été adoptée par le C. Allemand, dont l'art. 7, al. 1, dit : « Quiconque s'établit à demeure dans un lieu y fonde son domicile ». A peu près analogues sont aussi les termes employés par le C. Portugais (art. 41), le C. C. Suisse (art. 23 al. 1) et le C. Brésilien (art. 31).

53. Pluralité de domiciles. — Le C. F., ainsi que le

¹. Colin et Capitant, *op. cit.*, t. I, p. 422-423; — R. de Ruggiero, *op. cit.*, t. I, p. 365-366.

². Savigny, *op. cit.*, t. VIII, p. 61.

C. Italien, le droit anglais et d'autres législations, acceptent le principe de l'unité du domicile¹. Au contraire, le C. Ch., logique avec sa conception et fidèle à la tradition romaine², reconnaît la possibilité pour une personne d'avoir plus d'un domicile.

Art. 67. — « Lorsqu'un même individu réunit simultanément, dans plusieurs sections territoriales, les conditions constitutives du domicile civil, il sera réputé avoir un domicile dans toutes ces sections; s'il s'agit toutefois de choses ayant exclusivement une relation spéciale avec l'une des dites circonscriptions, cette circonscription sera seule, pour tous ces cas, le domicile civil de l'individu ».

Le C. Allemand (art. 7, al. 2), et le C. Brésilien (art. 32)³ admettent aussi la pluralité de domiciles. Le C. C. Suisse la rejette en principe, en disant, dans l'art. 23, al. 2 : « Nul ne peut avoir en même temps plusieurs domiciles », mais il y apporte une importante exception : « Cette dernière disposition, ajoute l'al. 3, ne s'applique pas à l'établissement industriel ou commercial ».

Le principe de la pluralité de domiciles offre plus d'avantages dans la pratique. Ce système, disent MM.

1. Colin et Capitant, *op. cit.*, t. I, p. 425-427; — Baudry-Lacantinerie, *op. cit.*, t. I, n° 301; — Planiol, *op. cit.*, t. I, n° 597; — Planiol, Ripert et Savatier, *op. cit.*, n°s 141 et 143; — L. Josserand, *op. cit.*, t. I, n° 236; — R. de Ruggiero, *op. cit.*, t. I, p. 366; — E. Jenks etc., *op. cit.*, t. I, art. 4, p. 1-2; — A. Curti, *op. cit.*, p. 40-41; — E. Lehr, *op. cit.*, t. I, n° 57. D'après M. C. Valverde, en droit espagnol, on admet aussi l'idée de l'unité du domicile (*op. cit.*, t. I, p. 325).

2. Savigny, *op. cit.*, t. VIII, p. 66-67.

3. C. Bufnoir, etc., *op. cit.*, t. I, art. 7, note § I; — C. Bevilacqua, *op. cit.*, t. I, art. 32, ob. 1 et 2.

Colin et Capitant¹, est préférable au nôtre, parce qu'il est plus près de la réalité. Il ne soulève pas les difficultés d'application pratique auxquelles donne lieu la loi française. Il a fallu, chez nous, que la jurisprudence aplanisse ces difficultés en élargissant un peu la notion de domicile, et en brisant, là où il était trop gênant, le caractère artificiel que le Code lui a donné ».

54. *Nécessité d'un domicile.* — Un point discuté en droit français, ainsi qu'en droit italien, est celui de décider si toute personne doit avoir nécessairement un domicile². En général, la doctrine se prononce par l'affirmative, attendu qu'il y a toujours un domicile d'origine, auquel il faut rattacher le sujet qui n'en a pas acquis un autre. Cette solution, juridique si l'on veut, quoiqu'elle ne semble pas d'accord avec l'art. 59, Pr. Civ. français, oublie un peu la réalité. Il y a des vagabonds pour lesquels l'attribution du domicile d'origine est une pure abstraction et non pas la constatation d'un fait, comme doit l'être le domicile pour remplir véritablement son rôle.

Le C. Ch. s'est éloigné de la fiction et, de même que le droit romain³, il reconnaît qu'un individu peut parfaitement perdre son domicile sans s'en être créé un nou-

1. *Op. cit.*, t. I, p. 422, note I.-V., L. Josserand *op. cit.*, t. I, n° 238.

2. Colin et Capitant, *op. cit.*, t. I, p. 427; — Baudry-Lacantinerie, *op. cit.*, t. I, n° 300; — Planiol, *op. cit.*, t. I, n° 596; — Planiol, Ripert et Savatier, *op. cit.*, n° 139 bis; — L. Josserand, *op. cit.*, t. I, n° 236; — R. de Ruggiero, *op. cit.* t. I, p. 366-367.

3. Savigny, *op. cit.*, t. VIII, p. 67-68.

veau. Mais, comme il y a toujours besoin de fixer un lieu auquel on puisse rattacher la personne pour les effets légaux, le Code y a pourvu dans une disposition ainsi conçue :

Art. 68. — « La simple résidence remplacera le domicile civil à l'égard des personnes qui n'auront pas ailleurs un domicile civil ».

Des dispositions analogues se trouvent, entre autres, dans le C. Portugais (art. 45) et dans le C. Brésilien (art. 33). Le C. Allemand (art. 7, al. 3)¹ admet aussi la possibilité pour une personne de ne pas avoir de domicile, mais il n'a rien dit au sujet de la simple résidence comme moyen de le remplacer².

55. Le domicile légal. — A ce sujet il convient de transcrire trois articles.

Art. 71. — « La femme mariée non séparée de corps suit le domicile du mari, tant que celui-ci réside au Chili. »

Art. 72. — « Celui qui est soumis à la puissance paternelle suit le domicile paternel et celui qui se trouve soumis à la tutelle ou à la curatelle, le domicile de son tuteur ou curateur ».

1. C. Bufnoir, etc., *op. cit.*, t. I, art. 7, note § I.

2. Le C. C. Suisse n'accepte pas l'idée qu'une personne n'ait pas de domicile, mais, dans une disposition générale, il prévoit les difficultés que peut présenter l'incertitude sur le domicile antérieur.

Art. 24. — « Toute personne conserve son domicile aussi longtemps qu'elle ne s'en est pas créé un nouveau.

Le lieu où elle réside est considéré comme son domicile, lorsque l'existence d'un domicile antérieur ne peut être établie ou lorsqu'elle a quitté son domicile à l'étranger et n'en a pas acquis un nouveau en Suisse. »

Art. 73. — « Le domicile d'une personne sera aussi le « domicile des domestiques et employés de cette personne « qui résident avec elle dans la même maison ; sans pré- « judice des dispositions contenues dans les deux articles « précédents ».

Il suffit de lire ces dispositions pour se rendre compte que la lacune qui présentait l'art. 107 al. 1 du C. F. avant la loi du 6 février 1893, au sujet de la femme séparée de corps, avait été comblée de bonne heure par le législateur chilien et que les questions, auxquelles peuvent donner lieu l'expression « père et mère » de l'al. 2 du même article et le mot « majeur » de l'art. 109¹, ont été écartées par la rédaction adoptée.

Il est d'intérêt aussi de remarquer la limitation au territoire du pays du domicile légal de la femme mariée, limitation qui a été mieux précisée d'ailleurs dans le C. Allemand, dont l'art. 10, al. 1 dit : « La femme mariée partage le domicile du mari. Elle ne partage pas ce domicile lorsque le mari établit son domicile à l'étranger, dans un lieu où la femme ne l'a pas suivi et n'est pas obligée de le suivre ».

56. *Domiciles spéciaux.* — L'art. 69 consacre le droit d'élire un domicile spécial pour les effets des rapports juridiques naissant d'un contrat. A la différence du C. Italien (art. 19, al. 2), du C. Portugais (art. 46), du

1. Planiol, *op. cit.*, t. I, n° 573 et 587; — Baudry-Lacantinerie, *op. cit.*, t. I, n° 288 bis, 289 et 291.

C. Brésilien (art. 42), etc. on n'a pas exigé que l'élection soit contenue dans un acte écrit.

D'autre part, l'art. 70 se réfère au domicile municipal, provincial, etc., et renvoie aux dispositions spéciales et, à défaut, aux règles du C. civil. Bien qu'en général, ces domiciles n'offrent pas d'intérêt, que dans la vie politique, le législateur a voulu éviter les difficultés qui auraient pu se présenter en cas de silence des lois respectives.

57. Conclusion. — Les observations que nous venons de faire nous permettent de conclure que les lignes directrices du système du C. Ch., en matière de domicile, se conforment aux solutions admises par les législations modernes. Nous pouvons affirmer aussi qu'on a amélioré la rédaction de certains articles du C. F.

Nous aurions pu observer quelques défauts de détails dans d'autres articles, mais de telles précisions ne rentrent pas dans le cadre de cette étude. Nous devons signaler, toutefois, une lacune importante. Quoique le C. Ch. ait consacré aux personnes juridiques un titre spécial, il n'a pas tracé de règles pour déterminer leur domicile. Il est vrai que l'acceptation du principe de la pluralité de domiciles évite des difficultés, mais il serait plus conforme de réglementer dans le texte de la loi le domicile des personnes morales en raison de leur nature particulière. La plupart des Codes étrangers ont édicté des dispositions spéciales¹.

1. C. portugais (art. 41, al. 2); C. espagnol (art. 41); C. allemand

CHAPITRE III

DE LA MORT ET DE L'ABSENCE

§ I. La mort

58. I. La mort naturelle. — *Les comourants.* — L'ancienne législation espagnole, élargissant des solutions contenues dans le droit romain, édictait des présomptions fondées sur l'âge et le sexe pour déterminer, à défaut de preuve, l'ordre des décès des personnes ayant péri ensemble¹. Des présomptions analogues se trouvent aussi dans le C. F. (art. 721 et 722). Le C. Ch. s'est écarté de ses sources et il a supprimé toute présomption de survie dans une disposition ainsi conçue :

Art. 79. — « Si, par suite de cette circonstance que « deux ou plusieurs personnes ont péri dans un même « accident, comme dans un naufrage, un incendie, un « éboulement (*ruina*) ou une bataille; ou par une autre « cause quelconque; il n'est pas possible de savoir l'ordre « dans lequel leur décès est survenu, il sera procédé, dans « tous les cas, comme si ces personnes avaient péri au « même moment et qu'aucune d'elles n'ait survécu aux « autres ».

(art. 24 et 80); C. C. Suisse (art. 56); C. Brésilien (art. 35); C. Argentin (art. 90, al. 3).

¹. Savigny, *op. cit.*, t. II, p. 20; — C. Valverde, *op. cit.*, t. I, p. 375-376.

L'art. 958, faisant application de la règle en matière de successions, déclare que, dans le cas de l'art. 79, aucune de ces personnes ne succédera aux biens des autres.

Pour justifier ces dispositions, il nous suffit de rappeler les difficultés auxquelles a donné lieu l'application des art. 721 et 722 du C. F. et les critiques que la doctrine a adressées au système compliqué des présomptions qui conduisent à des résultats insuffisants et parfois absurdes¹. Les législations sont aussi d'accord sur ce point avec le C. Ch.².

58. II. La mort civile. — L'institution de la mort civile des condamnés, qui était réglementée par les art. 22-33 du C. F., aujourd'hui abrogés, ne fut pas admise par le C. Ch. Celui-ci contient, par contre, des dispositions relatives à la mort civile des religieux, connue de l'ancien droit français.

La mort civile des religieux comporte, en lignes gén-

1. F. Laurent, *op. cit.*, t. VIII, n^{os} 516 et s.; — Colin et Capitant, *op. cit.*, t. III, p. 370 et s.; — Baudry-Lacantinerie, *op. cit.*, t. III, n^{os} 485 et s.; — Planiol, *op. cit.*, t. III, n^{os} 1710 et s.; — V. Fauquel, *Des présomptions de survie, de l'absence et des actes de décès dans leurs rapports avec la guerre*, *Revue trimestrielle de Droit civil*, 1920, p. 151 et s.; — R. de Ruggiero, *op. cit.*, t. I, p. 376 et s.; — Rossel et Mentha, *op. cit.*, t. I, n^o 142.

2. C. Autrichien (art. 25); C. Italien (art. 924); C. Portugais (art. 1738); C. Espagnol (art. 33); C. Allemand (§20); C. C. Suisse (art. 32); C. Brésilien (art. 11); C. Argentin (art. 109). En droit anglais, d'après M. A. Curti (*op. cit.*, p. 44), « lorsque plusieurs personnes sont mortes dans un même accident (incendie, catastrophe ferroviaire, naufrage), les plus jeunes sont présumés avoir survécu aux plus âgés ». *Contra*, W. Blackstone, *op. cit.*, t. III, p. 586, note de M. Christian; — E. Lehr, *op. cit.*, t. I, n^o 4.

rales, l'incapacité de jouissance quant au droit de propriété (art. 95) et l'incapacité relative d'exercice, en ce qui concerne le droit des obligations (art. 1447, al. 3)¹.

L'institution de la mort civile des religieux cadrerait bien avec le C. Ch. en 1855; elle était en relation avec l'adoption des règles canoniques au sujet du mariage et elle s'accordait aussi avec le régime d'union de l'Eglise Catholique avec l'Etat, qui consacrait la Constitution Politique. Il n'en est plus de même à l'heure actuelle. En raison de la sécularisation, de l'organisation de la famille depuis 1884 et de la séparation de l'Eglise et de l'Etat par la réforme constitutionnelle de 1925, la mort civile des religieux est devenue une institution surannée, qui doit être effacée de la législation chilienne.

§ II. L'absence

60. I. Systèmes législatifs en matière d'absence. —

Au moment où le C. Ch. fut rédigé, deux systèmes législatifs étaient pratiqués à l'égard des personnes dont la disparition ou l'absence se prolongeait sans nouvelles, laissant planer l'incertitude sur leur existence. L'un de ces systèmes était celui des anciennes législations germaniques, consacré aussi par le C. Autrichien, comportant la déclaration de décès. L'autre

1. Pour connaître en détail la situation des religieux sous le C. Ch., il faut se rapporter aux art. 95-97, 266, 325, 498, 806, 812, 962, 1005, 1087, 1272, 1388, 1390, 1447, 2274, 2342.

était celui qu'avait admis le C. F.; et qui aboutit seulement à la déclaration d'absence. Sans suivre aucun des deux, mais s'inspirant de l'un et l'autre à la fois, le législateur chilien adopta un système intermédiaire. Afin de mieux le comprendre dans son ensemble, nous commencerons par donner, en lignes générales, un aperçu des législations étrangères.

a) *Système de la déclaration de décès.* — Ce système, comme nous venons de le dire, était connu des anciennes législations germaniques. Lorsque l'absence se prolongeait pendant un certain temps, qui changeait selon les pays et les circonstances, on déclarait le décès et on procédait comme dans les cas ordinaires de mort¹.

Le C. Autrichien avait adopté ce système qui a été conservé dans le texte révisé. On a seulement abrégé les délais et modifié un peu la rédaction de l'art. 24, qui est aujourd'hui ainsi conçu :

Art. 24. — « La mort de l'absent est présumée :

1^o Lorsqu'il s'est écoulé soixante-dix ans depuis sa naissance et cinq années depuis les dernières nouvelles prouvant son existence; ou bien lorsqu'il s'est écoulé trente années depuis sa naissance et dix depuis les dernières nouvelles. Les deux délais de cinq et de dix ans se calculent à partir de la fin de la dernière année où, d'après les nouvelles reçues, il était encore en vie;

2^o Lorsqu'il a été grièvement blessé à la guerre, ou que, prenant part à la guerre, il a disparu et que, depuis

1. E. Lehr, *Traité élémentaire de droit civil germanique*, t. I, n^{os} 147-152.

la fin de l'année où la guerre a cessé, trois années se sont écoulées sans qu'une nouvelle de son existence soit parvenue;

3^o Lorsqu'il se trouvait à bord d'un navire naufragé, ou qu'il a couru un danger de mort analogue et qu'il a disparu depuis trois ans, à compter de la fin de l'année où l'événement a eu lieu. Le naufrage du navire est présumé lorsqu'il n'a pas atteint sa destination ou lorsque, n'ayant pas de destination fixe, il n'est pas revenu à son port d'attache et que trois années se sont écoulées depuis les dernières nouvelles. Le dernier jour de ce délai est considéré comme le jour du naufrage ».

L'art. 277 donne des règles pour la déclaration du décès et l'art. 278 dit que le jour auquel une déclaration de mort a acquis sa force légale est réputé la date du décès de l'absent. En outre, les art. 112-114 prévoient la dissolution du mariage.

Le *C. Allemand* admet aussi la déclaration de décès. Les art. 14-16 contiennent des dispositions plus détaillées, mais à peu près analogues à celle de l'art. 24 du *C. Autrichien* que nous avons transcrit. L'art. 17 dit : « Celui qui, par suite des circonstances autres que celles décrites aux art. 15 et 16, est tombé en danger de mort, et depuis, est disparu, peut être déclaré décédé, lorsque, depuis l'événement qui a mis sa vie en danger, trois années se sont écoulées ».

L'art. 18 ajoute que « la déclaration de décès a pour effet de faire présumer que le disparu est décédé au

moment fixé par le jugement de déclaration », et la suite de l'article indique la manière de déterminer le moment du décès.

Le jugement de déclaration de décès produit les mêmes effets que l'acte de décès : jusqu'à preuve contraire et à l'égard de tout intéressé, la personne dont le décès a été déclaré, sera réputée morte à la date fixée et en conséquence, avoir survécu jusqu'au même moment¹.

La succession s'ouvre comme dans les cas ordinaires de mort. Toutefois, si la personne déclarée décédée a survécu au moment fixé comme celui de sa mort, elle pourra revendiquer son patrimoine conformément aux règles applicables en matière de pétition d'hérédité, mais son action se prescrit par le délai d'un an après la date à laquelle elle a eu connaissance de la déclaration de décès (art. 2031).

Le conjoint présent peut se remarier, mais l'époux qui a contracté de bonne foi le nouveau mariage peut en demander l'annulation dans le cas où le conjoint déclaré décédé serait encore en vie (art. 1348-1352).

b) Système de la déclaration d'absence. — Le C. F. n'a pas admis la déclaration de décès en cas d'absence, si prolongée soit-elle. Le système comporte trois périodes : 1^o « Période de présomption d'absence », qui peut durer cinq ou six ans, suivant que l'absent n'a pas

1. C. Bufnoir, etc., *op. cit.*, t. I, art. 18, note § III. Consulter aussi les notes aux articles cités dans le texte.

ou a laissé un mandataire chargé de l'administration de ses biens. Pendant cette période on prend des mesures provisoires pour protéger les biens de l'absent et en faveur de ses enfants mineurs (art. 112-114, 121, 141-143); 2^o « Période d'envoi en possession provisoire », qui commence avec le jugement de déclaration d'absence et qui dure trente ans, sauf dans les cas où il s'est écoulé cent ans depuis la naissance de l'absent. On distribue provisoirement les biens entre les héritiers présomptifs, auxquels appartiendront les fruits en totalité si l'absent reparaît après trente ans, le dixième seulement s'il reparaît après quinze ans et le cinquième s'il reparaît avant quinze ans. Des mesures sérieuses sont prises pour assurer la restitution (art. 115-129); 3^o « Période d'envoi en possession définitif ». La situation des envoyés en possession est consolidée et les cautions sont déchargées (art. 129).

La déclaration d'absence, même après l'envoi en possession définitif ne sert pas de preuve du décès; l'absent n'est jamais considéré comme mort. Il a droit à demander la restitution de ses biens dans la mesure autorisée par la loi, quel que soit le délai écoulé depuis l'envoi en possession définitif. Le conjoint présent ne peut pas se remarier¹.

1. V. Colin et Capitant, *op. cit.*, t. I, p. 430 et s.; t. III, p. 972 et s.; — Baudry-Lacantinerie, *op. cit.*, t. I, n^o 315 et s.; t. III, n^o 1436 et s.; — Planiol, *op. cit.*, t. I, n^{os} 611 et s.; t. III, n^{os} 2463 et s.; — Planiol, Ripert et Savatier, *op. cit.*, n^{os} 47 et s.; — L. Josserand, *op. cit.*, t. I, n^{os} 198 et s.

En lignes générales, ce système a été adopté, entre autres, par le *C. Italien* (art. 20-47)¹, et le *C. Espagnol* (art. 181-198)².

c) *Système intermédiaire*. — Le système adopté par le *C. Ch.* est un système intermédiaire. Il va plus loin que le système français, car il comporte la déclaration du décès présumé — et non pas seulement la déclaration d'absence — et le jugement déclaratoire sert à justifier la mort jusqu'à preuve contraire. Par là, le régime du *C. Ch.* se rapproche du système germanique; mais, à l'instar du *C. F.*, il a conservé la double période de possession. Bien que l'absent soit déclaré décédé, tout ne se passe pas comme dans les cas ordinaires de mort. Nous verrons plus loin les détails du système et les critiques qu'il mérite.

Parmi les Codes qui ont suivi en principe la conception du *C. Ch.*, on peut citer le *C. Argentin* (art. 110-125) et le *C. Brésilien* (art. 10, 463-484).

On peut faire rentrer aussi dans ce groupe le *C. C. Suisse*. Quoique ce dernier Code admette seulement la déclaration d'absence (art. 35-38), « si le décès d'une personne disparue en danger de mort ou dont on n'a pas eu de nouvelles depuis longtemps paraît très probable », les effets de cette déclaration sont beaucoup plus étendus qu'en droit français. Le conjoint présent peut demander la dissolution du mariage (art. 102).

1. R. de Ruggiero, *op. cit.*, t. I, p. 379 et s.

2. C. Valverde, *op. cit.*, t. I, p. 303 et s.

La succession s'ouvre comme dans le cas de mort; mais les héritiers ou autres bénéficiaires doivent fournir garanties pour assurer la restitution. En cas de disparition de l'absent en danger de mort, les garanties seront données pour cinq ans et, en cas de disparition sans nouvelles, pour quinze ans et, au plus, jusqu'à l'époque où l'absent aurait atteint l'âge de cent ans (art. 546). Ceci équivaut à accepter, dans une certaine mesure, la double période de possession. Le droit de l'absent, qui vient à reparaitre, pour réclamer ses biens, dans la mesure où la loi accorde la restitution, est imprescriptible (art. 547). A la différence de ce que prescrivent les art. 135-136 du C. F., la déclaration, d'absence sert de preuve pour réclamer des droits subordonnés à la mort de l'absent (art. 549). L'art. 50 prévoit l'inscription de la déclaration d'absence sur le registre des décès¹, Le C. C. Suisse aboutit donc, en principe, à des solutions analogues à celles qui sont acceptées par le C. Ch.

61. II. Analyse critique du système du C. Ch. —

L'absence et la déclaration du décès présumé. — Pendant la période qui suit la disparition, l'absent est représenté par ses mandataires ou ses représentants légaux (art. 83) et, à défaut, on peut nommer un curateur aux biens (C. C. art. 473 et s.; C. Pr. Civ., art. 1023 et s.) Cette mesure est prévue aussi par le C. Allemand (art.

1. E. Huber, *op. cit.* t. I, p. 64-65 et 115-116; t. II, p. 90-94 — Rossel et Mentha, *op. cit.*, t. I, nos 145 et s.; 319; t. II, nos 1034 et s.; — E. Curti-Forrer, *op. cit.*, notes aux articles cités dans le texte.

1911), le C. C. Suisse (art. 392) et le C. Brésilien (art. 463-468), à la différence du C. F., qui n'a pas édicté expressément cette curatelle (art. 112 et 113).

Si l'absence se prolonge pendant quatre ans, on peut passer à la déclaration du décès présumé, en observant les formalités prescrites par le Code (art. 80 et 81). Le délai de quatre ans n'est pas augmenté dans le cas d'un absent ayant laissé un procureur fondé, contrairement à ce qui est prévu par le C. F. (art. 121), le C. Italien (art. 22) et le C. Brésilien (art. 469).

Les n^{os} 6^o et 7^o de l'art. 81 posent des règles pour fixer la date du décès présumé. Ils sont ainsi rédigés :

Art. 81.— 6^o « Le juge fixera pour le jour de la présomption de décès le dernier jour de la période de deux ans « comptés depuis la date des dernières nouvelles; et, « lorsqu'il se sera écoulé dix ans depuis cette date, il « accordera la possession provisoire des biens du disparu. »

7^o « Malgré tout, si depuis qu'une personne a reçu « une blessure grave dans une guerre, ou depuis le naufrage de l'embarcation sur laquelle elle naviguait, ou « depuis qu'il lui est survenu un autre péril analogue, on « n'a reçu aucune nouvelle de cette personne, et, s'il « s'est écoulé quatre ans depuis cet événement et que l'on « produise les justifications et les citations prévues dans « les numéros précédents, le juge fixera pour le jour de la « présomption de décès celui de l'action de guerre, du « naufrage ou du sinistre, ou, si ce jour n'est pas entièrement déterminé, il adoptera un terme moyen entre

« le commencement et la fin de l'époque durant laquelle
« l'événement a pu survenir, et il accordera immédiate-
« ment la possession définitive des biens du disparu ».

C'est cette date fixée par le juge, et non pas celle des dernières nouvelles (C. F. art. 120), qui détermine les droits des personnes appelées à la succession de l'absent (art. 85).

Il convient de remarquer que, d'après la disposition transcrite, le juge fixe seulement le *jour* et non pas le *moment* du décès. Au contraire, le dernier al. de l'art. 18 du C. Allemand dit : « Si le *moment* du décès n'est fixé que quant au jour, c'est la fin de ce jour qui est réputée le moment du décès ».

En dehors des cas prévus dans le n° 7 de l'art. 81, dans lesquels on accorde immédiatement la possession définitive des biens du disparu, la déclaration du décès présumé ne change en rien la situation, si dix ans ne se sont pas écoulés à partir des dernières nouvelles. En effet, l'envoi en possession provisoire ne peut avoir lieu qu'après ce délai de dix ans (art. 81, nos 6 et 82); donc, si le décès présumé a été déclaré avant l'expiration de ce délai, il y aura une période dans laquelle le disparu, quoique déjà déclaré mort, continuera néanmoins à rester à la tête de son patrimoine. Voilà une solution qui mérite un reproche d'illogisme au Code.

62. La période d'envoi en possession provisoire. —
Après le délai de dix ans à compter des dernières nou-

velles, les héritiers présomptifs, c'est-à-dire ceux qui l'étaient au jour fixé par le juge comme date du décès, peuvent demander l'envoi en possession provisoire (art. 81, n^o 6 et 85).

Par le décret d'envoi en possession provisoire s'ouvre la succession du disparu et, s'il a laissé un testament, on procède comme dans le cas de décès (art. 88 et 93); puisque l'absent a été déclaré mort, il est logique d'ouvrir sa succession. Les appelés à la possession provisoire sont seulement les *héritiers présomptifs*, mais non pas les *légataires*¹ ni d'autres personnes qui pourraient avoir des droits subordonnés à la mort de l'absent (art. 91); ce qui n'est pas rationnel. En droit français l'envoi en possession provisoire n'est pas circonscrit aux héritiers ou légataires à titre universel, quoique l'exclusion d'autres intéressés eut pu être justifiée sous un régime qui ne comporte pas de déclaration de décès.

Les possesseurs provisoires ont des droits à peu près analogues à ceux que leur accorde le C. F. La principale différence à signaler, c'est que les fruits leur appartiennent en totalité dès le commencement; il n'y a pas lieu à la gradation prévue par le C. F. (art. 127), le C. Italien (art. 31) et le C. Brésilien (art. 477).

Quant au régime matrimonial, la communauté est dissoute par le décret d'envoi en possession provisoire

1. Cette expression n'a pas les mêmes sens qu'en droit français. Sont légataires, en droit chilien, ceux qui succèdent à titre particulier, c'est-à-dire, ceux qui succèdent à une ou plusieurs choses ou corps certains.

(art. 84); le conjoint présent n'a pas le droit d'option que lui accorde l'art. 124 du C. F.

En ce qui concerne les droits de famille, selon l'art. 266, le décret « d'envoi en possession » met fin à la puissance paternelle. La loi du 12 mars 1925 sur la capacité de la femme, qui a attribué la puissance paternelle à la mère à défaut du père, dit, à l'art. 2 : « La puissance paternelle sera exercée par la mère dans les mêmes conditions que le père en cas de mort naturelle, civile ou présumée de celui-ci... » Comme nous l'avons remarqué, la déclaration du décès présumé ne coïncide pas toujours avec l'envoi en possession; une difficulté d'interprétation peut donc se présenter.

63. La période d'envoi en possession définitif. — L'envoi en possession définitif des biens du disparu, peut être décrété dans les cas suivants : 1° Après trente ans à compter des dernières nouvelles (art. 82), et non pas à partir de l'envoi en possession provisoire (C. F. art. 129); 2° Après dix ans à compter des dernières nouvelles, si *quatre-vingt* ans se sont écoulés depuis la naissance de l'absent (art. 82); 3° Finalement, on peut décréter l'envoi en possession définitif dans les cas des personnes disparues dans une guerre, dans un naufrage, etc., si on est sans nouvelles depuis quatre ans (art. 81-7).

Une fois décrété l'envoi en possession définitif, toutes les personnes ayant des droits subordonnés à la mort

de l'absent peuvent les faire valoir comme dans le cas de décès prouvé. Les cautions sont déchargées (art. 910 et 91).

On peut rapprocher de cette période la dissolution du mariage réglementée par la loi sur le mariage civil, dont la disposition est ainsi conçue :

Art. 38. — « Le mariage *est dissous* également par « la mort présumée de l'un des époux, si, lorsqu'ils s'est « écoulé dix ans depuis les dernières nouvelles que l'on « a eu de son existence, il est prouvé qu'il s'est écoulé « *soixante-dix* ans depuis la naissance du disparu. Il sera « dissous en outre, lorsqu'il se sera écoulé trente ans de- « puis la date des dernières nouvelles, quel que soit l'âge « qu'aurait le disparu, à l'expiration de ce délai de trente « ans, s'il vivait. »

Cette disposition nous paraît mériter quelques observations. En premier lieu, il y a une différence, qu'on ne saurait justifier d'ailleurs, entre l'âge fixé pour dissoudre le mariage et l'âge exigé pour décréter l'envoi en possession définitif. Ensuite, on n'a pas prévu le cas de survie de l'absent. Finalement, la dissolution du mariage pour cause d'absence, rejetée dans le système français, n'est pas illogique sous le régime chilien, qui comporte la déclaration du décès présumé, mais elle peut paraître singulière du fait que le divorce n'est pas accepté au Chili. En Argentine (art. 83 loi sur le

mariage civil), et au Brésil (C. C. art. 315, § unique), où le divorce n'existe pas et où on a suivi le système chilien sur l'absence, la dissolution du mariage n'est pas admise¹. Même dans les législations qui autorisent le divorce et qui acceptent la dissolution du mariage du disparu, elle n'a pas lieu par le seul fait de l'accomplissement des conditions légales de l'absence, comme le dit l'article ci-dessus transcrit de la loi chilienne. L'art. 1348, al. 2, du C. Allemand déclare que « le précédent mariage est dissous par la *conclusion du nouveau* et les art. 112 du C. Autrichien et 102 al. 2 du C. C. Suisse rejettent la dissolution de plein droit en accordant seulement à l'époux présent la faculté de la *demande*². La question offre cependant un intérêt presque exclusivement théorique étant donné l'âge et la longue durée de l'absence exigés par la loi chilienne.

64. Les droits ouverts au disparu pendant l'absence.

— A ce sujet, le C. Ch. contient la disposition suivante :

Art. 92. — « Celui qui réclame un droit, pour
« l'existence duquel le disparu est supposé être décédé à
« la date de la mort présumée, ne sera pas tenu de prou-
« ver que le disparu est mort véritablement à cette date
« et, tant que la preuve contraire n'est pas rapportée,
« il pourra user de son droit dans les termes des articles
« précédents. »

1. C. Bevilacqua, *op. cit.*, t. I, art. 10, ob. 3 et t. II, art. 183, ob. 4-a) et 315, ob. 12; — R. Salvat, *op. cit. Partie General*, n° 1162.

2. E. Huber, *op. cit.*, t. I, p. 115-116.

« Et, au contraire, quiconque réclame un droit, « pour l'existence duquel il est nécessaire que le disparu « soit mort avant ou après cette date, sera tenu de la « prouver; et, à défaut, de cette preuve, il ne pourra « empêcher que le droit réclamé ne passe à d'autres, ni « exiger d'eux aucune responsabilité. »

Comme on le voit, la déclaration de décès présumé a une force probante analogue à celle de l'acte de décès. De même que celle-ci, la déclaration de mort présumée peut être opposée à tout le monde et elle sert, à la fois, de preuve directe de la mort et de preuve indirecte de l'existence. L'art. 3, n° 11, de la loi sur le Registre Civil prévoit l'inscription du jugement de déclaration de mort présumée sur le registre des décès.

65. Cessation de l'envoi en possession définitif. — L'art. 93 dit : « Le décret d'envoi en possession définitif pourra être rapporté au profit du disparu, s'il reparait, ou de ses héritiers réservataires survenus pendant son absence, ou du conjoint avec lequel il a contracté mariage pendant la même période. » L'art. 94, 1° et 2° ajoute que le disparu peut faire valoir ses droits à toute époque, et les autres personnes mentionnées, seulement dans les délais de prescription à compter de la *date véritable du décès*.

De ces dispositions il faut déduire que l'action en *pétition d'hérédité* en faveur d'autres personnes que celles de l'art. 93 ne serait pas recevable après le décret d'envoi

en possession définitif. On est donc en présence d'une dérogation au droit commun dont le fondement est fort discutable et qu'on ne trouve pas dans le C. F. (art. 130).

Il semble que le législateur a confondu la pétition d'hérédité proprement dite avec la pétition d'hérédité *utile*. Cette dernière ne doit pas avoir de place dans un système comme celui du C. Ch., qui donne à la déclaration du décès présumé la force probante de l'acte de décès. Dans le système français, elle a pour objet d'octroyer à certaines personnes le *bénéfice* de pouvoir réclamer la succession sans prouver la mort de l'absent¹. Par contre, accorder seulement aux personnes énumérées à l'art. 93 l'action en pétition d'hérédité, c'est *enlever* aux autres héritiers un droit qu'ils auraient pu exercer d'après le droit commun.

66. Étendue de la restitution. — En ce qui concerne l'étendue de la restitution à laquelle ont droit les personnes signalées dans l'art. 93, le C. Ch. s'exprime ainsi :

Art. 94. — « 4° Les biens seront recouvrés dans l'état où ils se trouveront, en laissant subsister les aliénations les hypothèques et les autres droits réels constitués sur les dits biens. »

Il n'est rien dit des prix perçus sur les aliénations ou des biens provenant de leur emploi, qui, selon l'art.

1. Colin et Capitant, *op. cit.*, t. III, p. 982-983; — Baudry-Lacantinerie, *op. cit.*, t. III, n^{os} 1473-1475.

132 du C. F. sont subrogés aux biens aliénés¹. L'histoire de la rédaction de l'article ci-dessus transcrit montre que ce silence a été intentionnel²; on a voulu précisément restreindre la restitution. Cette innovation, contraire aux solutions admises par les législations étrangères³, est critiquable, car elle aboutit à sanctionner un enrichissement injuste. Le C. Allemand ne donne pas de règles spéciales restrictives; l'art. 2031 renvoie simplement à la pétition d'hérédité. Il en est de même du C. C. Suisse, dont l'art. 547 déclare applicables les règles de la possession.

67. Jugements déclaratifs en cas de mort certaine. — Jusqu'ici, nous nous sommes occupés des absents ou des disparus dont l'existence est *incertaine*. La situation n'est pas la même lorsqu'on est en présence d'une personne dont le cadavre n'a pas été retrouvé ou identifié mais dont la mort est *certaine*; exemple : des ouvriers ensevelis dans une mine ou tués dans une explosion, etc. Dans ces cas, on pourra naturellement prouver la mort mais la loi chilienne ne contient pas de disposition générale permettant de donner à la déclaration judiciaire la valeur d'un acte de décès. Cette lacune existe aussi dans la législation française, où il y a seulement

1. H. Capitant, *Essai sur la subrogation réelle*, *Revue trimestrielle de Droit civil*, 1919, p. 387 et 407.

2. M. L. Amunategui, *Don Andrés Bello y el Código Civil*, p. 36 et s.

3. C. Italien (art. 39); C. Portugais (art. 80); C. Espagnol (art. 194); C. Argentin (art. 124); C. Brésilien (art. 483).

des textes spéciaux¹. Le C. C. Suisse envisage expressément le cas dans l'art. 34, qui dit : « Le décès d'une personne dont le corps n'a pas été retrouvé est considéré comme établi, lorsque cette personne a disparu dans des circonstances telles que sa mort doit être tenue pour certaine »; l'art. 49 prévoit l'inscription sur le registre des décès². L'art. 391 du C. Italien contient aussi une disposition analogue.

68. III. Conclusion. — Si l'on considère dans son ensemble le système du C. Ch., on constate que le législateur a voulu faire un pas de plus que le C. F. dans la voie du rapprochement de l'absence avec la mort. Il y a là une idée très acceptable; la facilité actuelle des communications autorise, en effet, à présumer mortes les personnes absentes dont on est sans nouvelles pendant un long délai. Mais, si l'idée dominante du système mérite d'être approuvée, la réglementation est défectueuse; l'analyse que nous avons faite des principales dispositions du Code suffit à le démontrer.

Pour réformer le C. Ch. dans la matière qui nous occupe, on devrait s'inspirer du C. C. Suisse. Comme nous l'avons déjà remarqué, la différence entre l'idée capitale des deux systèmes est plus apparente que réelle: le C. Ch. connaît une déclaration de décès à conséquences

1. Colin et Capitant, *op. cit.*, t. I, p. 403 et s.; — Planiol, *op. cit.*, t. I, n^{os} 507 et s.; 544 et s.; Planiol, Ripert et Savatier, *op. cit.*, n^o 239 et s. — V. Fauquel, *loc. cit.*, p. 181 et s.

2. E. Huber, *op. cit.*, t. I, p. 64; — Rossel et Mentha, *op. cit.*, t. I, n^{os} 144 et 174.

restreintes, tandis que le C. C. Suisse admet une déclaration d'absence avec des effets très étendus. Mais, au contraire du C. Ch. la mise en œuvre du système suisse est très parfaite et d'une simplicité remarquable. On distingue, d'abord, dans le texte même du Code, les cas des disparus dont la mort est certaine, des cas des disparus ou d'absents dont le décès est seulement probable, en supprimant ainsi tout fondement à la critique, qu'on a adressée parfois au C. Allemand, d'avoir confondu les deux hypothèses¹. Le remplacement de deux périodes de possession par un système de garanties, dont la durée dépend des circonstances de la disparition, élimine les complications inutiles du double envoi en possession. Enfin, en appliquant à la restitution, en cas de retour de l'absent, les règles générales de la possession, on écarte des solutions arbitraires et compliquées.

1. V. Fauquel, *loc. cit.*, p. 239; — Planiol, *op. cit.*, t. I, n° 635.

TITRE II

ÉTAT DES PERSONNES

CHAPITRE PREMIER

DU MARIAGE

69. Le C. Ch. avait laissé le mariage soumis, en principe, aux dispositions du droit canonique, mais il a été sécularisé par la loi du 10 janvier 1884¹, dite sur le mariage civil, qui a enlevé sa valeur légale au mariage religieux. Dans les Sections qui suivront, nous nous occuperons de quelques points importants de la législation en vigueur, contenue en partie dans le C. C. et en partie dans la loi précitée.

SECTION I

LES FIANÇAILLES

70. I. Le Code Chilien. — Dans l'ancien droit canon,

1. Au cours de notre étude, nous désignerons cette loi par les initiales L. M. C. — Le texte complet peut être consulté dans la traduction de M. H. Prudhomme, Appendice I, p. 493 et s.

l'engagement mutuel et formel de se prendre pour époux, créait entre les fiancés une véritable obligation, sanctionnée par l'admonestation du juge ecclésiastique à l'infidèle, par des dommages-intérêts qu'il pouvait être condamné à payer à la partie abandonnée et même par un empêchement, dit d'honnêteté publique, à tout autre mariage, si les fiançailles n'avaient pas été légitimement détruites par le consentement mutuel, la survenance d'un empêchement ou celle d'un changement grave dans la situation de l'un des fiancés¹. C'était des effets analogues que l'ancienne législation espagnole attribuait aux fiançailles².

Cette tradition ne fut pas suivie par le C. Ch., dont le Titre spécial consacré aux fiançailles (*esponsales*) contient les dispositions suivantes :

Art. 98. — « Les fiançailles, ou, en d'autres termes, « la promesse de mariage mutuellement acceptée, sont un « fait privé, que les lois soumettent entièrement à l'honneur et à la conscience de l'individu, et qui ne produit « aucune obligation devant la loi civile. »

« Cette promesse ne pourra être alléguée ni pour demander la réalisation du mariage, ni pour réclamer « des dommages-intérêts. »

Art. 99. — « Ne pourra non plus être réclamée la

1. Cayrois de Saternault, *Le rapprochement des législations canonique et civile en matière de mariage*, *Revue trimestrielle de Droit civil*, 1921, p. 678.

2. C. Valverde, *op. cit.*, t. IV, p. 76; — E. Lehr, *Eléments de droit civil espagnol*, t. I, n^o 66 et s.

« clause pénale qui aura été stipulée par l'un des fiancés
« au profit de l'autre, pour le cas où il n'accomplirait
« pas sa promesse. »

« Cependant, si la clause pénale a été payée, sa resti-
« tution ne pourra être demandée. »

Art. 100. — « La disposition ci-dessus ne fait pas
« obstacle à ce que l'on demande la restitution des cho-
« ses données et remises sous la condition d'un mariage
« qui n'a pas été réalisé. »

Art. 101. — « Elle n'empêche pas non plus d'admettre
« la preuve du contrat de fiançailles comme circons-
« tance aggravante du crime de séduction. »

Il suffit de lire ces articles pour se rendre compte qu'on a enlevé aux fiançailles presque toute leur importance, surtout avec la disposition de l'art. 98, qui ferme la porte aux actions en dommages-intérêts en cas de rupture. A ce refus de l'action en réparation, le C. Pénal apporte un faible correctif. En effet, les fiançailles peuvent constituer un élément — et non pas proprement une circonstance aggravante, comme le dit l'art. 101 du C. C. — du délit de séduction, qui est puni dans des cas très restreints (C. Pénal, art. 363). Dans ces cas, l'auteur du délit doit indemniser la victime.

La solution adoptée par le C. Ch. est contraire à celle qui a été admise dans les principaux pays; comme nous allons le voir, les Codes Civils les plus modernes,

sauf celui du Brésil qui n'a pas traité des fiançailles¹, ont édicté des dispositions accordant largement au fiancé injustement délaissé, le droit de réclamer des dommages-intérêts.

71. II. Droit comparé. Droit anglais². — La promesse réciproque de mariage n'est soumise à aucune formalité. On ne peut pas forcer un fiancé à passer outre au mariage, mais la partie qui rompt, sans motif valable, une promesse de mariage, est obligée d'indemniser l'autre. L'action qui en résulte (*action for breach of promise of marriage*) est une action contractuelle régie par les règles applicables en cas de rupture d'un contrat.

On peut réclamer non seulement le « *damnus emergens* » mais aussi le « *lucrum cessans* », c'est-à-dire que, pour fixer le montant des indemnités, on tiendra compte même des avantages qu'aurait procurés le mariage promis au fiancé abandonné.

Par une exception au droit commun en matière de contrats, on peut demander la réparation du dommage moral (Digeste, art. 277). Même la clause pénale semble être admise, à la condition qu'elle soit réciproque.

L'action en dommages-intérêts se prescrit par deux ans à compter du jour où le demandeur a eu connaissance de la rupture.

1. C. Bevilacqua, *op. cit.*, t. II, art. 180, ob. 2.

2. A. Curti, *op. cit.*, p. 51-52; — E. Jenks, etc., *Digeste...*, art. 271 et s.; — E. Lehr, *Éléments de droit civil anglais*, t. I, n° 93; — Pierre Colin, *Etude sur les fiançailles en droit comparé*, Thèse, Paris, 1921, p. 82-88.

72. *Droit Français*¹. — Le C. F. ignorait les fiançailles, avant la loi du 16 novembre 1912 qui a réformé l'art. 340.

a) Dans le silence du Code, les premiers commentateurs, sans aller jusqu'à soutenir qu'on pourrait forcer le fiancé à se marier, estimaient que le fiancé délaissé pouvait demander des dommages-intérêts par application de l'art. 1142. Cette opinion a été définitivement abandonnée. La validité de la promesse de mariage, ou de clauses pénales stipulées pour en assurer l'exécution, porterait une atteinte indirecte à la liberté du mariage consacrée par l'art. 180.

Toutefois, comme il paraissait équitable d'accorder des dommages-intérêts au fiancé injustement abandonné, on leur a trouvé une autre base juridique dans les art. 1382 et 1383. Le fiancé qui rompt sans juste motif, commet, dit-on, une faute dont les conséquences dommageables doivent être réparées. La jurisprudence a adopté cette conception depuis l'arrêt bien connu de la Cour de cassation de 30 mai 1838 (S. 38-I-492), dans lequel on peut lire : « Toute promesse de mariage est nulle en soi comme contraire à la liberté du mariage; l'action en dommages-intérêts ne prend pas sa source dans la validité de la promesse du mariage, mais dans le fait

1. Colin et Capitant, *op. cit.*, t. I, p. 128-129; — Baudry-Lacantinerie; *op. cit.*, t. I, n° 319; — Planiol, *op. cit.*, t. I, n° 788-789; — Planiol, Ripert et Rouast, *op. cit.*, n° 80-87; — J. Bonnetcase, *Supplément*, t. IV, n° 425 et s.; — L. Josserand, *op. cit.*, t. I, n° 740-742; — J. Desvougues, *Des fiançailles et promesses de mariage dans le droit moderne*, Thèse, Paris, 1914, p. 35-168; — P. Colin, *op. cit.*, p. 17-32.

du préjudice causé et dans l'obligation imposée par la loi à celui qui en est l'auteur de le réparer. »

La jurisprudence admet que le dommage moral aussi bien que le dommage matériel peuvent être indemnisés, pourvu que l'on prouve qu'ils ont été la conséquence de la promesse de mariage injustement rompue.

Quoique, selon la conception jurisprudentielle, la réparation du dommage causé soit fondée sur l'idée de responsabilité délictuelle, la Cour de cassation, critiquée du reste par la doctrine, exige que la promesse de mariage soit établie d'après les règles qui régissent la preuve des contrats; c'est-à-dire qu'on n'admettra la preuve par témoins que lorsqu'il existe un commencement de preuve par écrit.

b) La jurisprudence accepte aussi que la promesse de mariage, si elle n'engendre pas une obligation civile, crée du moins une obligation naturelle, qui peut servir de cause juridique à la souscription, après la rupture, d'une promesse d'indemnité au profit du fiancé abandonné.

c) D'après la loi du 16 novembre 1912 sur la recherche de la paternité naturelle qui a modifié l'art. 340 du C. F., la séduction accomplie à l'aide d'une promesse de mariage est l'un des cas dans lesquels la paternité illégitime peut être judiciairement déclarée. Cette loi exige expressément l'existence d'un commencement de preuve par écrit.

73. C. Italien¹. — A la différence du C. F., le C. Italien a traité des fiançailles. D'après les arts. 53 et 54, la promesse mutuelle de mariage n'engendre pas l'obligation légale de le contracter, ni d'accomplir la prestation qui a été stipulée pour les cas d'inexécution. Mais, si la promesse a été faite dans un acte public ou sous seing privé, par un majeur ou par un mineur autorisé des personnes dont le consentement est nécessaire pour la validité du mariage, ou bien si elle résulte des publications faites par l'officier de l'état civil, le promettant, qui refuse de l'exécuter sans motif légitime, est tenu d'indemniser l'autre partie des dépenses motivées par cette promesse de mariage. La demande doit être intentée dans l'année qui suit le jour où la promesse doit recevoir exécution.

L'étendue de la réparation, en cas de rupture des fiançailles, est donc plus restreinte que d'après la jurisprudence française. Le C. Italien, ayant parlé de « dépenses » motivées par la promesse de mariage, on ne pourrait pas réclamer d'indemnité en raison d'un préjudice moral ou d'un dommage matériel autre que celui résultant des dites dépenses.

On discute aussi en Italie sur le fondement de l'indemnité en cas de rupture des fiançailles. Il y a des civilistes qui soutiennent la conception contractuelle, tandis que d'autres se prononcent par la responsabilité délictuelle.

1. R. de Ruggiero, *op. cit.*, t. II, p. 520-524.

74. C. Espagnol¹. Ce Code dans ses art. 43 et 44, contient des dispositions semblables à celles des art. 53 et 54 du C. Italien et à peu près analogue est la solution adoptée par l'art. 1067 du *C. Portugais*, reproduit dans l'art. 24 de la loi du 25 décembre 1910.

75. C. Autrichien. — Après avoir dit, dans l'art. 45, que les promesses de mariage ne produisent aucune obligation légale, soit quant à la conclusion du mariage, soit quant à la prestation de ce qui aurait été convenu en cas de dédit, le Code dans l'art. 46 ajoute : « Seulement la partie qui n'a de son côté donné aucun motif réel au dédit a le droit de demander la réparation du dommage réel qu'elle peut prouver avoir subi par suite de ce dédit. » Dans cet article l'étendue de la réparation est conçue dans des termes plus larges que ceux des trois Codes que nous venons de mentionner.

D'après l'art. 1247, lorsque l'un des futurs conjoints promet ou donne à l'autre, ou lorsqu'un tiers donne ou promet à l'un d'eux quelque chose en considération du mariage, la donation peut être révoquée si, sans la faute du donateur, le mariage n'a pas eu lieu.

76. C. Allemand². — Ce Code a consacré aux fiançailles un titre spécial, où il a prévu avec détails les conséquences de leur rupture.

1. C. Valverde, *op. cit.*, t. IV, p. 77-82.

2. C. Bufnoir, etc., *op. cit.*, t. III, notes aux articles cités dans le texte; — J. Desvougues, *op. cit.*, p. 173 et s.

D'après l'art. 1297, on ne peut, en vertu de fiançailles, intenter une action pour contraindre au mariage et la clause pénale est nulle.

Les arts. 1298 et 1299 sont ainsi conçus :

Art. 1298. — « Si un fiancé se dédit des fiançailles, il doit indemniser l'autre fiancé et ses père et mère, ou toutes autres personnes qui aient agi aux lieu et place des père et mère, du préjudice résultant de ce que, en prévision du mariage, ils ont fait des dépenses ou contracté des engagements. En ce qui touche l'autre fiancé, il doit de plus l'indemniser du préjudice qu'il subit, par ce fait que, en prévision du mariage, il aurait pris d'autres arrangements concernant son patrimoine ou ses moyens d'acquérir.

Cette indemnité n'est due qu'en tant que les dépenses, les engagements contractés et les autres arrangements étaient proportionnés aux circonstances.

L'obligation d'indemniser n'a pas lieu, s'il existe une cause grave du dédit. »

Art. 1299. — « Si un fiancé détermine le dédit de l'autre par une faute qui constitue une cause grave du dédit, il est obligé à la réparation du dommage, conformément à l'art. 1298, al. 1-2. »

Sans nous arrêter à examiner d'autres détails intéressants qu'offrent ces dispositions, nous ferons seulement deux observations. En premier lieu, aucune formalité spéciale n'a été prévue pour les fiançailles. Ensuite, d'après la rédaction des al. 1 et 3 de l'art. 1298, la

charge de la preuve appartient à celui qui refuse de se marier. Autrement dit, contrairement à ce qu'on décide en France, où celui qui se plaint de la rupture doit prouver qu'elle a été injustifiée, sous le C. Allemand il appartient au défendeur à l'action en dommages-intérêts d'établir l'existence d'une cause grave du dédit.

En ce qui concerne le dommage moral, au cours des travaux préparatoires du C. Allemand, on avait proposé de tenir compte, d'une façon générale, du dommage moral aussi bien que du dommage matériel, mais cette manière de voir fut rejetée par la deuxième commission, qui craignait de faire des fiançailles une source d'avantages pécuniaires et de procès spéculatifs. En matière de fiançailles il n'y a qu'une sorte de préjudice moral; c'est celui dont la base est dans la séduction. L'art. 1300 dit : « Lorsqu'une fiancée irréprochable a concédé à son fiancé la cohabitation, elle peut, si les conditions préalables de l'art. 1298 ou de l'art. 1299 se rencontrent, exiger aussi un juste dédommagement en argent pour le préjudice étranger au patrimoine. Cette prétention n'est pas cessible et ne passe pas aux héritiers, à moins qu'elle n'ait été reconnue par contrat ou déduite en justice. » Cette disposition ne fait qu'appliquer au cas spécial des fiançailles ce qui est prescrit dans les art. 825 et 847, al. 2, selon lesquels quiconque détermine une personne du sexe féminin par artifice, par menace ou abus d'un rapport de dépendance à consentir une cohabitation hors mariage, est obligé vis-à-vis d'elle au dommage qui en serait résulté.

L'art. 1301 envisage la restitution des cadeaux et de ce qu'un fiancé a donné à l'autre en signe de fiançailles. Ces cadeaux et ces donations doivent être restitués quelle que soit la cause de la rupture; ce droit est reconnu à chacun des fiancés, coupable ou non, à la différence de ce que décide l'art. 1247 du C. Autrichien. Mais, si les fiançailles sont dissoutes par la mort de l'un des fiancés, il y a lieu d'admettre dans le doute que la restitution doit être exclue. D'autre part, les art. 2077, al. 2 et 3 et 2279, al. 2 admettent la caducité, en cas de rupture des fiançailles, des dispositions de dernière volonté d'un fiancé en faveur de l'autre ou du contrat d'hérédité entre fiancés.

Enfin, l'art. 1302 soumet les actions dérivant des fiançailles à une prescription de deux ans à partir de la dissolution.

En ce qui concerne les enfants des fiancés, le C. Allemand n'a pas adopté les dispositions, qui, dans la législation antérieure de certains Etats de l'Empire, assimilaient ces enfants aux enfants légitimes. L'art. 208 de la loi d'Introduction a édicté à ce sujet une disposition transitoire, tendant à régler les difficultés que pourrait soulever dans la matière l'entrée en vigueur du Code¹.

77. C. C. Suisse. — De même que le C. Allemand, le C. C. Suisse contient un titre spécial consacré aux fiançailles.

1. E. Roguin, *Traité de droit comparé. Le Mariage*, n° 24; — C. Bufnoir, etc., *op. cit.*, t. III, p. 4-11; t. IV, art. 208. notes.

Quant aux formalités des fiançailles, la loi ne prévoit aucune forme spéciale. Elles peuvent être orales ou écrites, ou résulter des circonstances. Seulement l'art. 90, al. 2 déclare qu'elles n'obligent le fiancé mineur ou interdit que si le représentant légal y a consenti.

D'après l'art. 91, « La loi n'accorde pas d'action pour contraindre au mariage le fiancé qui s'y refuse. L'exécution des peines conventionnelles, qui auraient été stipulées ne peut être réclamée. » A la différence du C. Allemand (art. 1297), le C. C. Suisse n'a pas prononcé « in terminis » la nullité des clauses pénales. De ce fait, ainsi que de la dernière phrase de l'article transcrit, on pourrait déduire que c'est seulement l'action pour exiger l'exécution qui est refusée, mais que le paiement de la peine effectué de plein gré serait parfaitement valable, ou, en d'autres termes, qu'il y aurait là une obligation naturelle. « Il semble cependant, dit M. Curti-Forrer¹, que l'intention du législateur a été de prononcer la nullité absolue de pareils engagements. »

En ce qui concerne la réparation du dommage matériel, l'art. 92 s'exprime ainsi : « Lorsqu'un des fiancés rompt les fiançailles sans juste motifs, ou lorsqu'elles sont rompues par l'un ou l'autre à la suite d'un fait imputable à l'un d'eux, la partie en faute doit à l'autre, aux parents et aux tiers ayant agi aux lieu et place de ces derniers, une indemnité équitable pour les dépenses faites de bonne foi en vue du mariage. » Dans cet article,

1. *Op. cit.*, art. 91, note 5.

on a reproduit les dispositions contenues dans les art. 1298 et 1299 du C. Allemand, mais le dommage à réparer semble plus restreint d'après le texte suisse, qui parle seulement de *dépenses*. Il y a des auteurs qui pensent que, en dehors de celles-ci, il n'y a pas de dommage matériel à réparer; par contre, il y a d'autres auteurs qui soutiennent que, par application des art. 41 et s. du C. Féd. des Obligations, on peut accorder des indemnités pour d'autres dommages que ceux occasionnés par les dépenses faites. D'après ces derniers auteurs, le fiancé abandonné qui, en raison du mariage projeté, a renoncé à une position lucrative, mal vendu un fonds de commerce, etc... aurait droit à réparation¹.

Quoique du texte de l'art. 92 ne se dégage pas si clairement que de l'art. 1298 du C. Allemand la réponse à la question de savoir à qui incombe le fardeau de la preuve, le caractère contractuel de la responsabilité (art. 90) permet d'affirmer qu'il appartiendra à la partie défenderesse de prouver qu'elle a rompu par des justes motifs².

Au sujet du dommage moral, l'art. 93 contient la disposition suivante : « Lorsque la rupture porte une grave atteinte aux intérêts personnels d'un fiancé sans qu'il y ait faute de sa part, le juge peut lui allouer une somme d'argent à titre de réparation morale si l'autre partie est en faute. Cette prétention est incessible; elle

1. Rossel et Mentha, *op. cit.*, t. I, n° 295.

2. Rossel et Mentha, *op. cit.*, t. I, n° 294.

passé toutefois aux héritiers si elle est reconnue ou si le débiteur était actionné lors de l'ouverture de la succession. » Cette disposition, à la différence de l'art. 1300 du C. Allemand, ne limite pas la réparation du dommage moral au cas de séduction. Pour ce dernier, il y a même une disposition spéciale en matière de filiation illégitime, dans l'art. 318, qui déclare qu'une somme d'argent peut être allouée à la mère à titre de réparation morale, lorsque le défendeur lui avait promis le mariage.

L'art. 94 prescrit aussi, pour le cas de rupture, la restitution des cadeaux, laquelle sera faite d'après les règles de l'enrichissement illégitime; mais il *n'y a jamais lieu* à répétition lorsque la rupture des fiançailles est causée par la mort.

Les actions dérivant des fiançailles se prescrivent par un an à compter de la rupture (art. 95).

Nous devons citer aussi d'autres effets des fiançailles concernant les enfants des fiancés. D'après l'art. 260, l'enfant de père et de mère qui se sont promis le mariage mais qui n'ont pu le célébrer par suite du décès de l'un des fiancés ou de perte de la capacité requise pour contracter mariage, sera légitimé par le juge à la demande de l'autre fiancé ou de l'enfant lui-même. D'autre part, selon l'art. 325, lorsqu'il y a eu promesse de mariage l'action en recherche de la paternité aboutit à une *déclaration de paternité* dont l'effet est de donner à l'enfant la même situation que s'il avait été reconnu par son père; c'est-à-dire, qu'il portera le nom de celui-

ci et il aura des droits dans sa succession (art. 325 et 461)¹.

Aux législations déjà examinées nous pouvons ajouter encore d'autres. Le *Codex juris canonici*, tout en ayant aboli l'empêchement au mariage dérivé des fiançailles, a conservé le droit à réclamer des dommages-intérêts². La loi suédoise sur le mariage du 11 juin 1920, ayant abrogé les anciens textes qui autorisaient même le mariage forcé à la suite des fiançailles, a sanctionné la rupture injustifiée de la promesse de mariage avec des dommages-intérêts qui sont plus élevés si un enfant a été conçu³. Le projet de réforme du code civil de Roumanie envisage aussi l'obligation d'indemniser à la charge du fiancé qui a rompu sans motif⁴.

78. III. Conclusion. — L'étude des législations étrangères que nous venons de faire, montre que le C. Ch., en fermant la porte aux actions en réparation dérivant des fiançailles, a adopté une solution contraire à la tendance uniforme du droit moderne. Il conviendrait donc, de modifier les articles du Titre des fiançailles en s'inspirant spécialement du C. Allemand et du C. C. Suisse, dont les dispositions sont les plus complètes.

1. Rossel et Mentha, *op. cit.*, t. I, n° 603, 695 et s.; t. II, n° 915.

2. Cavois de Saternault, *loc. cit.*, p. 679.

3. E. Roguin, *op. cit.*, n° 23. On peut consulter le texte de la loi suédoise dans la traduction française de MM. R. Réau, G. Forssius et R. Martin, Paris, 1925.

4. Communication de M. A. Polinger sur *L'unification législative en Roumanie*, *Bulletin de la Société de législation comparée*, 1927-1928, p. 394.

79. IV. Appendice. Le courtage matrimonial. — Le C. Ch. de même que le C. F., n'a pas parlé du courtage matrimonial.

En France, la jurisprudence a fréquemment déclaré nul le courtage matrimonial, mais certaines décisions ont atténué parfois cette solution en disant que l'entremetteur avait tout au moins droit au remboursement des sommes dépensées par lui et même on a déclaré valable la stipulation d'une rémunération modeste sans rapport avec la dot¹. La doctrine, de son côté, n'est pas uniforme; entre les opinions les plus reçues, on peut distinguer deux tendances. Les uns se prononcent, en principe, pour la validité du courtage matrimonial². Les autres font une distinction : le courtage qui pèse sur le consentement serait nul, tandis que le contrat de rapprochement entre candidats au mariage, serait valable³. Cette dernière opinion aboutit, dans la pratique, à déclarer illicite le contrat de courtage matrimonial en vertu duquel l'entremetteur reçoit un salaire subordonné au succès de ses démarches, et licite le contrat dans lequel l'entremetteur reçoit une rémunération proportionnelle aux frais occasionnés, à la peine prise et au temps consacré, qu'il y ait ou non réussite du projet de mariage.

1. R. Demogue, *Obligations*, t. II, n° 802; J. Bonnecase, *Supplément*, t. IV, n° 415 et s.

2. A. Wahl, *Le courtage matrimonial*, *Revue trimestrielle de droit civil*, 1904, p. 471 et s.; — R. Demogue, *loc. cit.*; — Baudry-Lacantinerie, *op. cit.*, t. II, n° 124; J. Bonnecase, *loc. cit.*, n° 422 et s.

3. Demolombe, *op. cit.*, t. XXIV, n° 335; — C. Bufnoir, *Propriété et contrat*, p. 541-542; — Planiol, Ripert et Rouast, *op. cit.*, n° 89-90.

En Belgique et en Italie, où il n'y a non plus de textes légaux sur la matière les opinions ne sont pas uniformes¹. En droit anglais, d'après Lehr² tout contrat tendant à rémunérer des entremetteurs (*brocage marriage*) est radicalement nul.

Le *C. Autrichien* dans l'art. 879, dit : « Un contrat qui heurte une défense légale ou les bonnes mœurs est nul. Sont nulles en particulier, les conventions suivantes : 1° quand on a stipulé un prix pour la négociation d'un mariage. »

Le *C. Allemand* contient aussi une disposition au sujet du courtage matrimonial. L'art. 656 est ainsi conçu : « La promesse d'un salaire pour l'indication d'une occasion de conclure un mariage, ou pour les négociations relatives à la réalisation d'un mariage, ne fonde aucun engagement. La prestation effectuée sur le fondement de la promesse ne peut-être répétée de ce chef qu'il n'y avait pas d'engagement. — Ces dispositions sont également applicables à toute convention en vertu de laquelle l'autre partie, en vue d'exécuter sa promesse, prend un engagement envers le courtier, spécialement à toute reconnaissance de dette. »

A la différence du *C. Autrichien* qui a déclaré illicite et nul le courtage matrimonial, la disposition du *C. Allemand*, qui fut introduite par la Commission du Reichstag, ne se prononce pas clairement sur la valeur

1. A. Ruby, *Le courtage matrimonial*, Paris, 1925, p. 69 et s.

2. *Op. cit.*, t. I, n° 85.

de ce contrat. On peut discuter si la répétition est refusée par application de la règle « in pari causa turpitudinis cessat repetitio », ou si l'on se trouve en présence d'une obligation naturelle. Planck et Briitt se prononcent dans ce dernier sens¹.

Comme on le voit, le droit comparé ne fournit pas de renseignements très précis pour rédiger un texte légal sur la validité du courtage matrimonial.

SECTION II

DES CONDITIONS REQUISES POUR CONTRACTER MARIAGE ET DES EMPECHEMENTS

1. L'âge nuptial

80. Au Chili, de même que dans la plupart des pays de l'Amérique du Sud, l'âge nuptial a été fixé à 12 ans pour les femmes et à 14 ans pour les hommes (L. M. C., art. 4-2°; C. V. art. 26). Quoique l'âge de la puberté varie suivant les climats, il convient de remarquer que la tendance moderne est dans le sens du relèvement de l'âge requis pour contracter mariage.

En France, où l'âge est de 15 et 18 ans, sauf dispense (C. F., art. 144-145), des auteurs autorisés estiment que ces chiffres sont encore faibles et qu'il serait avantageux de reculer de nouveau l'époque normale du mariage. Le C. Allemand permet le mariage à l'homme

1. C. Biufnoir, etc., *op. cit.*, t. II, art. 656, note § 1.

2. P. Nsot, *Etude historique et de droit comparé sur l'âge en matière de capacité nuptiale et sur les tiers consentements requis en vue du mariage* Bruxelles, 1926.

de 21 ans et à la femme de 16 ans, sauf déclaration de majorité pour l'homme de 18 ans et dispense pour la femme sans limite d'âge (art. 2 et 1303). Le C. C. Suisse a fixé 20 ans et 18 ans respectivement, mais prévoit la faculté de dispense d'âge pour l'homme de 18 ans et pour la femme de 16 ans; il en était de même dans le C. Soviétique de la Famille de 1918 (art. 67), qui avait conservé, d'ailleurs, l'âge exigé par le droit antérieur. Le nouveau Code Soviétique de la Famille, en vigueur depuis le 1^{er} janvier 1927, a fixé uniformément pour les deux sexes l'âge de 18 ans en faisant concorder ainsi, pour l'homme et pour la femme, l'âge nuptial avec la majorité civile (art. 5 et C. Civ. art. 7, al. 2). Les nouveaux canons de l'Eglise ne permettent plus le mariage qu'à 14 et 16 ans et recommandent aux pasteurs d'engager les futurs conjoints à suivre l'usage des lieux, quand celui-ci retarde l'âge du mariage¹. Enfin, en Angleterre, où l'âge de la capacité matrimoniale était de 12 et 14 ans, une loi récente vient de le fixer à 16 ans. « Cette tendance à relever l'âge auquel le mariage est permis répond à la conception moderne qui ne fait pas seulement état des facultés génésiques, mais qui s'attache avant tout à l'élément moral. Elle veut que la fondation d'un ménage s'accomplisse avec une maturité d'esprit suffisante² ».

1. *Age of Marriage Act*, 1929, 19-20, Geo. V, c. 36; *Chilts Statutes*, 1928-1929, p. 1064-1065.

2. J. Champ communal, *Le droit des personnes aux pays des Soviets*, p. 74. V. Planiol, *op. cit.*, t. I, n° 706; — Planiol, Ripert et Rouast, *op. cit.*, n° 93; — C. Bufnoir, etc., *op. cit.*, t. III, art. 1303, note 1; — Rossel

L'âge avancé n'est pas un obstacle pour le mariage; la loi ne contient aucune disposition à ce sujet. Par exception, sous l'ancien droit russe, le mariage était interdit aux vieillards des deux sexes ayant dépassé 80 ans, mais la législation soviétique a aboli cette prohibition¹.

2. Le consentement des époux.

81. I. Aliénation mentale. — L'art. 4 de la L. M. C. dit : « Ne peuvent contracter mariage : ... 5° Les déments ». Avant tout, il faut dire que la loi a mal employé l'expression « dément », qui a un sens médical restreint, car il est évident que le législateur a voulu désigner par là les aliénés en général.

De la rédaction de l'article transcrit on pourrait déduire qu'on a défendu le mariage aux aliénés, sans tenir compte du consentement, c'est-à-dire qu'on aurait envisagé la maladie mentale comme un vice objectif et non pas subjectivement en tant qu'elle peut supprimer la volonté au moment du mariage. Ce n'est pas de cette façon qu'on a interprété la disposition; on soutient que l'aliéné interdit aussi bien que l'aliéné non interdit peuvent contracter un mariage valable dans un intervalle lucide².

Le C. F. n'a pas parlé expressément de l'aliénation mentale et on discute si l'aliéné interdit peut se marier

et Mentha, *op. cit.*, t. I, nos 302-305; — E. Huber, *op. cit.*, t. I, nos 112-113; — C. Bevilacqua, *op. cit.*, t. II, art. 183, ob. 9; — Cavrois de Saternault, *loc. cit.*, p. 680.

1. E. Roguin, *op. cit.*, n° 34; — J. Champ communal, *op. cit.*, p. 21-22.

2. L. Claro, *op. cit.*, t. I, n° 577; — A. Barros, *op. cit.*, t. III, p. 41.

dans un intervalle lucide¹. La même question existe en Espagne, où le C. Civ. dit que ne peuvent se marier « ceux qui ne jouissent pas du plein exercice de la raison au moment de contracter mariage » (art. 83-2^o)².

Le C. Italien (art. 61) prohibe expressément le mariage des interdits pour cause de démence; donc, les aliénés interdits ne peuvent pas se marier dans un intervalle lucide³. La même solution est admise en droit anglais⁴ et en droit brésilien⁵. D'après le C. Allemand, l'interdit par maladie mentale ne peut se marier non plus tant que dure l'interdiction, mais les interdits par faiblesse d'esprit, ou ivresse habituelle et ceux qui ont été mis en tutelle provisoire peuvent contracter mariage avec le consentement de leurs représentants légaux (art. 6, 104, 114, 1304, 1906)⁶.

Le C. C. Suisse a fait un pas de plus. L'art. 97 dit : « Ne peuvent contracter mariage que les personnes capables de discernement. Les personnes atteintes de maladies mentales sont absolument incapables de contracter mariage »; et l'art. 120 dispose : « Le mariage est nul :
2. Lorsqu'un des époux était, au moment de la célé-

1. F. Laurent, *op. cit.*, t. II, n° 285-288; — Demolombe, *Traité du mariage*, t. I, n° 127-128; — Colin et Capitant, *op. cit.*, t. I, p. 591-593; — Baudry-Lacantinerie, *op. cit.*, t. I, n° 1241; — Planiol, *op. cit.*, t. I, n° 710 et 2079; — Planiol, Ripert et Rouast, *op. cit.*, n° 97; — L. Jossierand, *op. cit.*, t. I, n° 703.

2. C. Valverde, *op. cit.*, t. IV, p. 153-154.

3. R. de Ruggiero, *op. cit.*, t. II, p. 529-530.

4. A. Curti, *op. cit.*, p. 110.

5. C. Bevilacqua, *op. cit.*, t. II, art. 183, ob. 6.

6. C. Bufnoir, etc., *op. cit.*, t. III, art. 1304, note (1) et art. 1325, note (2); — Planiol, Ripert et Savatier, *op. cit.*, n° 692.

bration, atteint d'une maladie mentale ou incapable de discernement par l'effet d'une cause durable ». On peut donc dire que le C. C. Suisse a envisagé non seulement le défaut de consentement dérivé de la maladie, mais la maladie elle-même comme un vice objectif¹. M. E. Huber, dans l'Exposé de Motifs, s'exprime ainsi² : « Que la capacité naturelle soit nécessaire pour contracter mariage, cela s'entend de soi. Mais le projet mentionne aussi comme empêchement les maladies mentales, en ce que les personnes qui en sont atteintes ne pourront contracter mariage même si elles ne sont pas en état d'incapacité naturelle, cas qui peut se produire par exemple chez les personnes sujettes à des idées fixes. Cette disposition a été dictée par le souci de mariages sains, comme aussi par la crainte de voir se propager les maladies mentales ».

Ce n'est pas une nouveauté du C. C. Suisse d'avoir défendu le mariage à ceux qui souffrent d'une maladie mentale. Aux Etats-Unis, une loi du Dakota de 1899 subordonnait déjà la permission de contracter mariage à une attestation officielle, d'un médecin de district, établissant « que les époux n'étaient atteints ni de monomanie héréditaire, ni de tuberculose, ni d'autres affections contagieuses incompatibles avec la vie conjugale³ ».

1. E. Curti Forrer, *op. cit.*, art. 97, notes; — Rossel et Mentha, *op. cit.*, t. I, n° 307.

2. *Op. cit.*, t. I, p. 113-114.

3. E. Roguin, *op. cit.*, n° 58.

La législation soviétique s'est engagée dans la même voie. L'art. 6 du nouveau Code de la Famille dit : « Ne sont pas susceptibles d'enregistrement les mariages :
b) entre personnes dont l'une au moins est reconnue, dans les formes établies par la loi, faible d'esprit ou atteinte de maladie mentale ». L'art. 132 du même Code déclare que ceux qui font enregistrer un mariage sont tenus de présenter, lors de la déclaration, l'affirmation écrite qu'il n'existe pas d'empêchements et qu'ils sont informés réciproquement de l'état de leur santé, particulièrement en ce qui concerne les maladies vénériennes, mentales et pulmonaires, et l'art. 133 ordonne au fonctionnaire responsable, qui enregistre le mariage, de donner lecture aux contractants des art. 4, 5 et 6, sur les empêchements et de les avertir de la responsabilité pénale qu'ils encourent pour fausses déclarations.

La loi suédoise du 11 juin 1920 défend aussi le mariage à celui qui est atteint de maladie mentale ou de faiblesse d'esprit (Chap. II, art. 5) et dispose que, « s'il y a lieu de supposer que le fiancé est atteint d'aliénation mentale ou de faiblesse d'esprit, ou s'il a été atteint d'aliénation mentale dans les trois dernières années, il aura à prouver par certificat de médecin qu'il n'y a plus trace chez lui d'aliénation mentale ou de faiblesse d'esprit (Chap. III, art. 2, § 4)¹.

On le voit, il y a une tendance à empêcher le mariage des personnes atteintes de maladies mentales. Nous

1. On peut consulter les textes dans la traduction de MM. R. Réau, etc.

devons même ajouter que cette tendance, fondée sur l'intérêt qui existe à favoriser la saine propagation de la race, va plus loin encore, comme nous le verrons à propos des vices du consentement.

82. II. Mutité et surdi-mutité. — L'art. 4-4° de la L. M. C. déclare incapables de contracter mariage « ceux qui ne peuvent exprimer clairement leur volonté de vive voix ou par écrit ». D'après cet article, les sourds-muets, qui ne peuvent s'exprimer par écrit sont incapables de contracter mariage; c'est l'application de la règle générale adoptée par le C. Ch. au sujet de l'incapacité des sourds-muets (art. 1447, al. 1). Mais de la disposition mentionnée, il faut déduire une autre conclusion plus rigoureuse encore : les simples muets, qui ne peuvent se faire comprendre par écrit, sont incapables de se marier. Il y a là une exception au droit commun.

En droit français, on reconnaît au sourd-muet le droit de se marier, quoiqu'il ne sache pas écrire, pourvu qu'il puisse manifester sa volonté d'une manière quelconque¹.

En droit italien on admet aussi le mariage du sourd-muet qui ne peut pas écrire; il y a même des dispositions spéciales pour déterminer la manière de procéder.

1. G. Bonnefoy, *De la surdi-mutité au point de vue civil et criminel en droit français et en droit comparé*, nos 43 et s.; — Planiol, *op. cit.*, t. I, n° 861; — Planiol, Ripert et Rouast, *op. cit.*, n° 212.

D'après les art. 98 et 99 du décret du 15 novembre 1865, « Si l'un des futurs est sourd ou sourd-muet, l'officier de l'état civil lui donne à lire les articles du Code et lui fait écrire la déclaration qu'il entend prendre l'autre conjoint pour mari ou pour femme. S'il ne sait pas lire ou écrire, l'officier de l'état civil fait appeler un interprète choisi parmi les parents ou les amis de l'époux, et après lui avoir fait prêter serment, il pose par son intermédiaire les questions et il reçoit les réponses¹ ».

En droit allemand, le mariage du sourd-muet qui ne sait pas écrire est aussi permis. La déclaration de la part des futurs de leur volonté de s'unir en mariage n'est assujettie à aucune forme solennelle et n'a même pas besoin d'être orale; il suffit que les futurs se comprennent mutuellement et se fassent comprendre de l'officier de l'état civil. C'est ainsi que, dans ces conditions, le mariage est permis aux sourds, aux muets, aux sourds-muets²... ». Il en est de même en droit suisse et en droit brésilien, en effet, l'art. 117 du C. C. Suisse n'a exigé aucune forme spéciale pour faire la déclaration devant l'officier de l'état civil³ et l'art. 813-IX du C. Brésilien, ayant déclaré que ne peuvent se marier les personnes incapables « de manifester leur volonté d'une manière non équivoque », a reconnu implicitement la capacité de se marier aux sourds-muets, qui peuvent

1. G. Bonnefoy, *op. cit.*, n° 152; — R. de Ruggiero, *op. cit.*, t. II, p. 541.

2. C. Bufnoir, etc., *op. cit.*, t. III, art. 1317, note (4).

3. E. Curti-Forrer, *op. cit.*, art. 117, note 2.

exprimer leur consentement par un moyen intelligible, fût-il un autre que l'écriture¹.

En conséquence, au sujet du mariage du sourd-muet, la loi chilienne n'est pas en harmonie avec les principales législations étrangères.

83. III. Vices du consentement. — A propos des vices du consentement la L. M. C. contient une disposition ainsi conçue :

Art. 33. — « Le consentement libre et spontané fait défaut dans les cas suivants :

« 1° S'il y a eu erreur sur l'identité de la personne de l'autre contractant;

« 2° S'il y a eu violence, dans les termes des art. 1456 et 1457 du Code civil;

« 3° S'il y a eu rapt et qu'à l'époque de la célébration du mariage la femme n'ait pas recouvré sa liberté ».

84. L'erreur. — L'expression « erreur sur l'identité de la personne », employée par la loi chilienne, autorise à soutenir que tant l'erreur sur l'identité physique de la personne que celle sur l'identité civile peuvent causer l'annulabilité du mariage, mais elle exclut l'erreur sur les qualités de la personne².

L'art. 180 du C. F. parle d'« erreur dans la personne », expression plus large et dont l'interprétation a donné

1. C. Bevilacqua, *op. cit.*, t. II, art. 183, ob. 6.

2. L. Claro, *op. cit.*, t. I, n° 533 et s.

lieu à des opinions divergentes. La solution adoptée par la jurisprudence se rapproche de celle qu'admet la loi chilienne¹. L'art. 105 du C. Italien emploie la même expression que l'art. 180 du C. F. et elle a soulevé aussi des difficultés d'interprétation. La jurisprudence n'est pas fixée, surtout au sujet de l'« error virginitatis », qui est le cas qui se présente le plus fréquemment; mais, en général, la jurisprudence italienne va plus loin que la jurisprudence française².

Le C. Espagnol (art. 101-2^o) a copié la phrase du C. F. et du C. Italien et, naturellement, elle donne lieu aux mêmes difficultés d'interprétation³. De son côté, le C. Autrichien (art. 57) parle seulement de l'erreur « sur la personne du futur conjoint ». Par contre, dans les législations plus récentes, l'erreur sur les qualités de la personne a été l'objet de dispositions spéciales.

Le C. Allemand, dans son art. 1333, dit : « Le mariage peut être contesté, par voie d'annulation, par l'époux, qui, lors de sa conclusion, a été induit en erreur sur la personne de l'autre époux, ou sur des qualités personnelles de celui-ci, telles qu'il eût été détourné de contracter le mariage, s'il avait eu connaissance de l'état des choses et qu'il eût fait une appréciation raisonnable de l'essence du mariage ». D'après cet article, l'er-

1. Colin et Capitant, *op. cit.*, t. I, p. 168-169; — Baudry-Lacantinerie, *op. cit.*, t. I, n^{os} 432 et s.; — Planiol, *op. cit.*, t. I, n^{os} 1061 et s.; Planiol, Ripert et Rouast, *op. cit.*, n^o 101-104; — L. Jossérand, *op. cit.*, t. I, n^o 837.

2. R. de Ruggiero, *op. cit.*, t. II, p. 532-533.

3. C. Valverde, *op. cit.*, t. IV, p. 156-157.

reur est une cause d'annulabilité du mariage lorsqu'elle porte sur des qualités intrinsèques de la personne, morales ou corporelles, telles que loyauté essentielle du caractère, virginité de la fiancée, aptitude à la génération ou à l'enfantement, santé non fortement compromise, etc. Mais il n'y aura pas lieu à annulation du mariage par erreur sur des circonstances objectives se rapportant à la personne et notamment sur des conditions de fortune¹.

Le C. C. Suisse, dans l'art. 124, s'exprime ainsi : « Le mariage peut être attaqué par l'un des époux : 1. Lorsque le demandeur a déclaré par erreur consentir à la célébration, soit qu'il n'ait pas voulu se marier, soit qu'il n'ait pas voulu épouser la personne qui est devenue son conjoint; 2. Lorsqu'il a contracté mariage sous l'empire d'une erreur relative à des qualités si essentielles du conjoint, que leur défaut lui rend la vie commune insupportable ». Cette disposition est un peu plus restreinte que celle du C. Allemand, car elle exige que le défaut des qualités dans la personne rende la vie commune insupportable. A propos de l'article transcrit, M. E. Huber, dans l'Exposé des Motifs dit² : « L'erreur peut être de deux sortes : erreur dans la personne, c'est-à-dire confusion de personnes, et erreur sur les qua-

1. C. Bufnoir, etc., *op. cit.*, t. III, art. 1333, note (1). E. Roguin, *op. cit.*, p. 62-63; — Engelmann, d'après la jurisprudence allemande soutient cependant que la simple stérilité ne peut fonder une action en annulabilité du mariage par erreur sur les qualités de la personne (E. Curti-Forrer, *op. cit.*, art. 124, note 8).

2. T. 1, p. 118.

lités personnelles du conjoint, à défaut desquelles la vie commune serait insupportable à l'époux trompé. Ces qualités seront des qualités personnelles et non seulement des conditions sociales, telles que la fortune, la parenté, etc., qui ne légitimeraient pas une action en nullité. Le défaut de ces qualités doit être tel que la vie commune soit insupportable à l'autre époux. Cette formule qui reviendra plus loin, exprime de façon très simple des exigences très strictes. Elle abandonne sans doute l'appréciation des faits à la conviction morale du juge, mais il ne pouvait guère en être autrement. Qu'on se représente les cas suivants : conformation anormale des organes sexuels, maladie repoussante et incurable, prostitution, etc. Mais l'erreur devra toujours avoir exercé une influence décisive sur le consentement ». Les commentateurs estiment qu'entre autres défauts personnels, qui pourraient servir de base pour annuler le mariage, on peut citer l'impuissance, mais non pas la simple stérilité².

Le C. Brésilien contient aussi des dispositions à ce sujet. La formule synthétique des deux Codes précédents a été remplacée par une énumération dont la rédaction fut très discutée et dont les termes ne sont pas exempts de difficultés. Voici les dispositions :

Art. 218. — « Le mariage est également annulable en cas d'erreur substantielle de l'un des époux sur la

1. Rossel et Mentha, *op. cit.*, t. I, n° 355, p. 224, note 1; — E. Curti-Forrer, *op. cit.*, art. 124, note 8.

personne de l'autre au moment du consentement ».

Art. 219. — « Sont considérées comme une erreur substantielle sur la personne de l'autre conjoint : I. L'erreur relative à l'identité de l'autre conjoint, à son honneur et à sa bonne renommée, s'il s'agit d'une erreur telle que sa connaissance ultérieure soit de nature à rendre la vie commune insupportable à l'époux trompé; II. L'ignorance d'un crime infamant antérieur au mariage et définitivement établi par un jugement de condamnation; III. L'ignorance, antérieure au mariage, d'un défaut physique irrémédiable ou d'une maladie grave et transmissible par contagion ou hérédité, de nature à mettre en danger la santé de l'autre époux ou des enfants; IV. La défloration de la femme ignorée du mari. »

Nous devons signaler que, parmi les défauts physiques dont parle l'art. 219-III, on peut mentionner l'impuissance « cœundi » mais non pas la « generandi », c'est-à-dire la stérilité¹.

La loi suédoise contient aussi une disposition au sujet de l'erreur sur les qualités de la personne. Dans le Chap. X, l'art. 3-3° dispose que le mariage peut être déclaré nul à la demande de l'un des époux, « si, sans qu'il en ait eu connaissance, son conjoint au moment de la célébration du mariage était atteint d'épilepsie endogène, de maladie vénérienne dans la phase contagieuse, de lèpre, ou d'impuissance ».

1. C. Bevilacqua, *op. cit.*, t. II, art. 219, ob. 5. V. aussi ob. 1-8.

85. Le dol. — La loi chilienne n'a pas mentionné le dol, ce qui a permis de conclure qu'il n'est pas un vice du consentement capable de faire annuler le mariage¹, sauf ce que nous dirons à propos du rapt de séduction.

Le C. F. (art. 180) a gardé le silence aussi au sujet du dol et, de même qu'au Chili, on décide « a contrario » qu'il ne peut donner lieu à une action en annulation du mariage, solution qui est en harmonie, du reste, avec la formule de Loysel : « en mariage trompe qui peut² ». Le C. Italien (art. 105) ne dit rien non plus au sujet du dol et l'opinion courante est d'accord avec la doctrine française, quoiqu'on ait essayé de soutenir que le dol doit être pris en considération comme un vice du consentement pouvant donner lieu à l'annulation du mariage³. A l'égal des codes antérieurs, le C. Autrichien et le C. Espagnol n'ont pas envisagé le dol à propos du mariage. Par contre, le C. Allemand et le C. C. Suisse lui ont consacré des dispositions spéciales.

Le C. Allemand, dans son art. 1334, dit : « Le mariage peut être contesté, par voie d'annulation, par l'époux qui a été déterminé à le former, au moyen de tromperie dolosive sur des circonstances telles qu'il eût été détourné de contracter mariage, s'il avait eu connaissance

1. L. Claro, *op. cit.*, t. I, n° 532; — A. Barros, *op. cit.*, t. III, p. 37.

2. Colin et Capitant, *op. cit.*, t. I, p. 167-168; — Baudry-Lacantinerie, *op. cit.*, t. I, n° 428; — Planiol, *op. cit.*, t. I, n° 1057; — Planiol, Ripert et Rouast, *op. cit.*, n° 99; — L. Josserand, *op. cit.*, t. I, n° 833 bis.

3. R. de Ruggiero, *op. cit.*, t. II, p. 531-532.

de l'état des choses et qu'il eût fait une appréciation raisonnable de l'essence du mariage. Lorsque la tromperie n'a pas été machinée par l'autre époux, le mariage n'est annulable que si celui-ci l'a connue lors de la conclusion du mariage. Il n'y a pas lieu à annulation pour tromperie sur des questions de fortune ».

Avec cette disposition on a étendu les cas d'annulabilité en raison d'erreur. Si celle-ci a porté sur des qualités personnelles de l'autre conjoint, on pourra annuler le mariage, en vertu de l'art. 1333, sans prouver le dol; au contraire, si l'erreur n'a pas porté sur des qualités personnelles de l'autre conjoint, pour obtenir l'annulation du mariage, il faudra prouver le dol prévu par l'art. 1334¹.

Le C. C. Suisse, dans son art. 125, s'exprime ainsi : « Le mariage peut être attaqué par l'un des époux : 1. Lorsque le demandeur a été induit à dessein en une erreur décisive au sujet de l'honorabilité de son conjoint, soit par ce dernier, soit par un tiers de connivence avec lui; 2. Lorsqu'une maladie, offrant un danger grave pour la santé du demandeur ou pour celle de sa descendance, lui a été cachée ».

D'après, l'al. 1, l'erreur provoquée par le dol doit porter sur l'honorabilité même de l'autre conjoint, mais à la différence de la simple erreur prévue par l'art. 124, la loi n'exige pas que la fraude ait rendu la vie commune

¹ C. Bufnoir, etc., *op. cit.*, t. III, art. 1334, note (1).

insupportable au conjoint abusé¹. En ce qui concerne l'al. 2, on lit dans l'Exposé des Motifs² : « Cette dernière disposition s'appliquera notamment aux personnes atteintes de syphilis. Des spécialistes l'ont approuvée en considération des suites désastreuses que la continuation de la vie commune peut avoir pour l'autre époux et les enfants. Ils voudraient même qu'il y eût là un motif de nullité absolue, mais le projet a repoussé cette conséquence extrême; attendu qu'on ne peut pas exclure du mariage les malheureux qui sont atteints de cette maladie, si l'autre conjoint consent sciemment à partager leurs misères et n'a pas été amené par fraude à un mariage qu'il n'aurait jamais contracté en connaissance de cause ».

Une difficulté pourra se présenter dans la pratique pour déterminer quelles sont les maladies dont l'existence doit avoir été cachée pour donner lieu à l'annulation du mariage, car, dans l'art. 124, relatif à l'erreur peuvent rentrer aussi les maladies. Quant aux maladies mentales, nous avons vu qu'il y a des dispositions spéciales dans les art. 97 et 120. Pour les autres maladies, il y aura une marge d'appréciation; d'après MM. Rosset et Mentha³, l'impuissance et les tares héréditaires

1. Rosset et Mentha, *op. cit.*, t. I, n° 356.

2. T. I, p. 119. — V. aussi Rosset et Mentha, *op. cit.*, t. I, n° 308.

3. *Op. cit.*, t. I, n° 356. Com. E. Curti-Forrer, *op. cit.*, art. 124, note 8 et art. 125, note 9. — Dans le C. brésilien, le dol n'est pas une cause d'annulation du mariage (C. Bevilacqua, *op. cit.*, t. II, art. 183, ob. 7 et art. 209, ob. 3). Toutefois, si on examine l'énumération de l'art. 219, on voit qu'il y a des cas, comme certaines maladies, dont la simple erreur sur leur existence suffit pour annuler le mariage, tandis que le C. Suisse exige que l'erreur soit provoquée par le dol.

peuvent donner lieu à l'annulation par simple erreur, tandis que la syphilis, l'épilepsie caractérisée, la phtisie, certaines maladies de la peau, la lèpre, ne peuvent servir de cause pour annuler le mariage que lorsqu'on prouve le dol prévu par l'art. 125.

En relation avec le dol dans le mariage, nous devons signaler encore quelques dispositions intéressantes de la législation scandinave¹,

La loi suédoise prohibe le mariage à celui qui est atteint d'épilepsie endogène ou d'une maladie vénérienne dans sa phase contagieuse, sauf autorisation du roi (Chap. II, art. 6). Si cette autorisation n'existe pas, le fiancé réputé épileptique devra présenter un certificat de médecin attestant qu'il n'y a aucune trace chez lui d'épilepsie endogène, et, même s'il n'est pas réputé épileptique, une déclaration écrite affirmant en honneur et conscience qu'à sa connaissance il n'est pas atteint d'épilepsie. Le fiancé devra présenter aussi une déclaration écrite affirmant en honneur et conscience qu'à sa connaissance il n'est pas atteint d'une maladie vénérienne dans sa phase contagieuse (Chap. III, art. 2, § 5). Toutefois, si le mariage d'une personne atteinte de ces maladies a eu lieu, on ne pourra l'attaquer que s'il y a eu erreur ou dol. Mais la disposition relative au dol ne se réfère pas uniquement aux maladies mention-

1. Communication de M. M. Petersen, *Bulletin de la Société de législation comparée*, 1928, p. 150; *Annuaire de législation étrangère*, 1922, p. 224; — R. Réau, etc., *op. cit.*

nées; le mariage sera déclaré nul à la demande de l'un des époux, dit la loi, s'il n'a été que la conséquence de fausses déclarations de son conjoint, soit sur sa personne, soit sur son passé (Chap. X, art. 3-3° et 4°).

D'après la loi danoise, toute personne atteinte de maladie vénérienne offrant un danger de contagion, ou d'épilepsie, ne peut contracter mariage que si l'autre partie a été informée et que lorsqu'un médecin aura verbalement exposé aux deux parties les dangers de la maladie. Les deux mariés devront déclarer, sous la foi du serment, qu'il n'existe aucun empêchement au mariage du fait de cette condition.

La loi norvégienne a adopté la même solution, sauf que, pour les syphilitiques, il y a défense absolue de se marier.

Nous rappellerons finalement la législation soviétique. Le premier Code de la famille pose des règles sur la nullité du mariage (art. 74-84). Celui de 1927 a gardé le silence, mais on a admis indirectement l'annulation par dol dans les art. 132 et 133, que nous avons déjà cités et qui obligent les époux, sous des sanctions pénales, à s'informer réciproquement, avant d'enregistrer le mariage, de l'état de leur santé, particulièrement en ce qui concerne les maladies vénériennes, mentales et pulmonaires. La réticence ou la fausse déclaration à ce sujet donnerait donc lieu à l'annulation du mariage pour dol¹.

1. Comp. J. Champcommunal, *op. cit.*, p. 75.

86. La violence et le rapt. — En ce qui concerne la violence, la loi chilienne se réfère aux règles générales des obligations, mais elle réglemente spécialement le rapt. Le C. pénal (art. 358-359) distingue le rapt de violence et le rapt de séduction et, comme la M. L. C., qui est postérieure en date, n'a pas fait d'exclusion, il faut conclure que la disposition de l'art. 33 vise les deux espèces. Cette solution offre l'avantage d'ouvrir la voie à la nullité du mariage de la mineure séduite, que le seul défaut du consentement de parents n'aurait pas autorisé, parce que, comme nous le verrons, ce défaut n'est pas sanctionné en droit chilien par la nullité du mariage.

Le C. Espagnol (art. 101-3^o), le C. Brésilien (art. 183-X) et d'autres Codes civils de l'Amérique Latine réglementent aussi le rapt, mais les législations de la plupart des pays n'en parlent pas. Il en est ainsi par exemple en France, où, pour annuler le mariage en cas de rapt, il faudra prouver que le consentement a été obtenu par violence¹, au contraire du Chili, où, pour obtenir l'annulation il suffira d'établir le fait du rapt et qu'à l'époque de la célébration du mariage, la femme n'avait pas recouvré sa liberté.

87. Conclusion. — De l'étude que nous venons de faire des vices du consentement nous pouvons déduire

1. Colin et Capitant, *op. cit.*, I, p. 168; — Baudry-Lacantinerie, *op. cit.*, t. I, n° 430; — Planiol, *op. cit.*, t. I, n° 1059; — Planiol, Ripert et Rouast, *op. cit.*, n° 100; — L. Josserand, *op. cit.*, t. I, n° 834.

qu'il y a une tendance, dans le droit moderne, à élargir le champ d'application de l'erreur comme cause d'annulation du mariage et à prendre en considération le dol. Cette tendance mérite surtout l'attention, en ce qui concerne les maladies affectant la saine propagation de la race, sur lesquelles, spécialement, les lois scandinave et soviétique contiennent des dispositions intéressantes : on respecte en principe la liberté du mariage, mais on a pris de sages mesures destinées à renseigner pleinement les conjoints sur l'existence et les dangers des maladies contagieuses ou héréditaires.

3. Le consentement des ascendants ou du curateur

88. I. Mineurs. — Ceux qui ont atteint l'âge de 25 ans peuvent se marier librement sans consulter personne, comme dans la législation française depuis la réforme de 1922. Au contraire, les mineurs de 25 ans, même s'ils ont obtenu l'habilitation d'âge pour administrer leurs biens, sont obligés d'obtenir le consentement de certaines personnes sans qu'il y ait de distinction à faire entre le premier et les seconds mariages.

L'enfant légitime ne peut contracter mariage sans le consentement de son père, ou, « à son défaut », de sa mère. A défaut des père et mère légitimes, il a besoin du consentement de l'ascendant ou des ascendants les plus proches; à égalité de votes contraires, l'avis favorable au mariage sera préféré (art. 107). A défaut de père, mère et ascendants, l'enfant légitime doit

obtenir le consentement de son curateur général et, à défaut de celui-ci, d'un curateur spécial nommé à cet effet (art. 111).

A la différence du C. F. (art. 148), et d'accord avec le C. Allemand (art. 1305), le C. Ch. décide que la mère est appelée à donner son consentement seulement à défaut du père et non pas simultanément avec lui. Quant aux autres ascendants, le C. Ch. ne distingue pas entre les lignes, comme l'a fait le C. F. (art. 150).

L'*enfant naturel*, c'est-à-dire, l'enfant illégitime qui a été reconnu volontairement par acte solennel (art. 36, al. 2), doit obtenir le consentement du père ou de la mère qui l'a reconnu. Si les deux l'ont reconnu, le consentement doit être prêté par le père et, à défaut, par la mère (art. 108). De même que dans le cas de l'enfant légitime, la mère n'est pas appelée simultanément avec le père, comme le prescrit le C. F. (art. 158). A défaut de père et mère, l'enfant naturel doit obtenir le consentement de son curateur général et, à défaut de celui-ci, d'un curateur spécial (art. 111).

L'*enfant illégitime* qui n'a pas été reconnu par acte solennel doit obtenir le consentement de son curateur général et, à défaut, d'un curateur spécial (art. 111).

Les art. 109 et 110 déterminent les cas dans lesquels on doit estimer que le père, la mère ou les ascendants font défaut.

Le conseil de famille, qui, d'après le C. F. (art. 159), le C. Italien (art. 65) et le C. Espagnol (art. 46) joue un

rôle à défaut des père, mère ou ascendants, n'existe pas au Chili.

A propos des solutions ci-dessus exposées, nous devons faire quelques observations :

1. L'âge jusqu'auquel le mineur a besoin du consentement des tiers pour se marier est trop élevé. A l'époque actuelle, on pourrait parfaitement fixer l'âge de la majorité civile et matrimoniale à 21 ans.

2. Il y a plusieurs législations, et parmi elles, les plus modernes, qui n'exigent pas le consentement des aïeuls à défaut des père et mère, mais seulement celui du représentant légal. Il en est ainsi dans le droit anglais¹, dans le C. Allemand (art. 1305 et s.), le C. C. Suisse (art. 98), le C. Brésilien (art. 183-XI et 185) et dans la loi suédoise (chap. II, art. 2).

3. Pour le cas de séparation de corps, le C. Ch. n'a pas édicté une disposition spéciale. Le mari peut donner ou refuser son consentement au mariage des enfants dont la garde appartient à la mère, guidé non pas par leur intérêt, mais par malveillance envers sa femme. S'inspirant de l'art. 186 du C. Brésilien, on devrait établir qu'il appartiendra de prêter le consentement à celui des parents sous la garde duquel se trouve l'enfant.

89. Refus du consentement. — Le refus du consentement n'est pas toujours définitif. Le père, la mère, et les ascendants peuvent refuser leur consentement au

1. A. Curti, *op. cit.*, p. 53; E. Lehr, *op. cit.*, t. I, n° 86.

mineur de 21 ans sans indiquer la cause, mais ils doivent exprimer la raison du refus lorsqu'il s'agit d'un enfant ayant atteint cet âge. Le curateur doit toujours fonder son refus, quel que soit l'âge du pupille. La loi détermine limitativement les causes qui peuvent justifier le refus et confère au mineur le droit de réclamer devant le juge compétent s'il estime le refus non fondé (art. 112-113).

En droit français, où le consentement des tiers est nécessaire aux mineurs de 21 ans (C. F. art. 148), le refus est définitif, sauf dans le cas d'enfants confiés à l'Assistance publique¹. Le C. Espagnol n'ouvre non plus aucun recours contre le refus du consentement des tiers, dont l'enfant a besoin jusqu'à l'âge de 23 ans (art. 45 et 320)². Le C. Italien (art. 67) donne le droit de recourir à la cour d'appel contre le refus non fondé³.

Le C. Allemand n'accorde pas de recours contre le refus du consentement des père et mère en tant que tels, mais il admet ce recours dans le cas d'enfants déclarés majeurs (art. 1305-1308)⁴, et contre le refus des représentants légaux sans distinction (art. 1304)⁴. Le C. C. Suisse n'ouvre pas de recours contre le refus du consentement des père et mère, même si l'enfant a obtenu le bénéfice de l'émancipation de l'art. 15, mais il accorde un recours contre le refus du tuteur (art. 98,

1. Planiol, *op. cit.*, t. I, n° 757 et 769.

2. C. Valverde, *op. cit.*, t. IV, p. 83.

3. R. de Ruggiero, *op. cit.*, t. II, p. 533-535.

4. C. Bufnoir etc., *op. cit.*, t. III, notes aux articles cités dans le texte.

5. Rossel et Mentha, *op. cit.*, t. I, n° 310; E. Curti-Forrer, *op. cit.*, art. 98, notes.

6. A. Curti, *op. cit.*, p. 53; — E. Lehr, *op. cit.*, t. I, n° 87.

99 et 420)⁵. Le droit anglais⁶, le C. Autrichien (art. 52) et le C. Brésilien (art. 188) accordent des recours contre le refus, sans faire de distinction entre les parents et le tuteur ou curateur.

On le voit, il n'y a pas d'uniformité entre les législations sur le point qui nous occupe. Nous estimons justifiée la distinction faite par le C. Ch. et par certaines législations étrangères entre les ascendantes et les autres personnes appelées à prêter leur consentement au mariage du mineur; on doit supposer que les premiers sont les mieux qualifiés pour apprécier l'intérêt de l'enfant.

90. Sanction du défaut de consentement. — Le défaut du consentement des tiers n'est pas une cause d'annulation du mariage. D'après les art. 114 et 115 du C. Ch. la contravention entraîne seulement certains effets relatifs aux successions des ascendants et aux donations qu'ils ont faites à l'enfant. De plus, le C. pénal (art. 385 et 388) punit le mineur et le fonctionnaire qui a légalisé son mariage.

Les législations sont partagées encore sur ce point. D'après le droit canon¹, le droit anglais², le C. Espagnol (art. 50) et plusieurs Codes Civils de l'Amérique Latine, le défaut du consentement des tiers ne donne pas lieu à l'annulation du mariage. La solution contraire a été adoptée par le C. F. (art. 182), le C. Italien (art. 108

1. Cuvrois de Saternault, *loc. cit.*, p. 683-685.

2. A. Curti, *op. cit.*, p. 53-111 et 77; — E. Lehr, *op. cit.*, t. I, n° 104.

et 109), le C. Autrichien (art. 96), le C. Allemand (art. 1331)¹, le C. C. Suisse (art. 128) et le C. Brésilien (art. 209).

A l'appui des législations qui rejettent l'annulation pour défaut du consentement des tiers, on peut faire valoir l'intérêt qui existe à restreindre le plus possible les causes d'instabilité du mariage. Toutefois, la solution contraire semble plus juridique et, en fait, elle n'est pas un grave danger pour la stabilité de la famille, car il est difficile qu'un mariage puisse être célébré sans obtenir le consentement des tiers requis par la loi.

91. II. Interdits. — Au Chili, le consentement des tiers n'a pas de place à l'égard des interdits. En effet, les prodigues sont libres de se marier; les sourd-muets en état d'interdiction ne peuvent contracter mariage et, en ce qui concerne les aliénés interdits, à supposer qu'ils puissent se marier dans un intervalle lucide, il faudrait décider qu'ils n'ont besoin du consentement de personne, s'ils sont majeurs.

Le C. Allemand (art. 1304), le C. C. Suisse (art. 99) et le C. Brésilien (art. 183-XI) exigent, pour le mariage des interdits qui peuvent se marier, le consentement de leurs représentants légaux. Nous verrons, plus loin, que les deux premiers Codes ont élargi le domaine de

1. Il faut remarquer cependant que, d'après le C. allemand, le défaut de consentement des parents, requis comme tels (art. 1305-1308) et non pas comme représentants légaux de l'enfant (art. 1304), n'a pas pour sanction l'annulabilité du mariage (C. Bufnoir, etc., *op. cit.*, t. III, p. 46, note II, 2°).

l'interdiction; ici nous voulons seulement attirer l'attention sur le fait que, pour le mariage du *prodigue*, les trois Codes mentionnés exigent l'intervention du représentant légal.

4. L'Impuissance

92. D'après l'art. 4-3° de la L. M. C., ceux qui sont atteints d'impuissance perpétuelle et incurable ne peuvent contracter mariage. La loi ne distingue pas entre l'impuissance « *coendi* » et la « *generandi* ». On pourrait soutenir que cette dernière doit être prise en considération, étant donné surtout que la loi n'exige pas que l'impuissance soit manifeste et vu aussi la définition que le C. Ch. a donnée du mariage dans laquelle on mentionne la procréation comme l'un des buts essentiels¹.

Le C. F. ne parle pas de l'impuissance et la doctrine, ainsi que la jurisprudence, se refusent à la reconnaître comme une cause de nullité du mariage². Toutefois, il y a des auteurs qui estiment que l'erreur sur la capacité sexuelle peut servir de fondement pour annuler le mariage³.

En droit anglais l'impuissance est une cause d'annu-

1. Art. 102. « Le mariage est un contrat solennel par lequel un homme et une femme s'unissent actuellement et indissolublement et pour toute la vie, dans le but de vivre unis, de *procréer* et de s'aider mutuellement. » Une définition a peu près analogue se trouve dans le C. Autrichien (art. 44); mais le C. F., le C. Italien, le C. Espagnol, le C. Allemand, le C. c. suisse, le C. Brésilien, etc., ne donnent pas de définition du mariage.

2. F. Laurent, *op. cit.*, t. II, n° 298; — Planiol, *op. cit.*, t. I, n° 712 et 1930; L. Jossierand, *op. cit.*, t. I, n° 799.

3. Planiol, Ripert et Rouast, *op. cit.*, nos 95 et 104; Colin et Capitant, *op. cit.*, t. I, p. 169.

lation du mariage¹. D'autres législations l'admettent aussi, soit d'une manière directe comme le C. Autrichien (art. 60), le C. Italien (art. 107) et le C. Espagnol (art. 83-3°), soit d'une façon indirecte dans les dispositions relatives aux vices du consentement, comme nous l'avons déjà vu (C. Allemand, art. 1333; C. C. Suisse, art. 124; C. Brésilien, art. 219-III; Loi Suédoise, Chap. X, art. 3-3°).

Nous estimons que la solution adoptée par ces dernières législations est la meilleure. Puisque la loi, en acceptant le mariage « in extremis » et en autorisant les vieillards à se marier, a reconnu au mariage non seulement un caractère sexuel mais aussi moral, il est logique de ne pas envisager l'impuissance comme un vice objectif.

5. Parenté et alliance

93. L'art. 5 de la L. M. C. prohibe le mariage entre les ascendants et descendants par consanguinité ou affinité et entre les collatéraux par consanguinité au deuxième degré. La loi n'ayant pas distingué, la prohibition comprend les parents et les alliés légitimes et illégitimes dans les degrés indiqués.

Si on examine les législations étrangères on voit que la loi chilienne a réduit considérablement l'empêchement fondé sur la parenté et l'alliance.

1. A. Curti, *op. cit.*, p. 55-III et 77-E. Lehr, *op. cit.*, t. I, n° 105; — E. Jenks, etc., *Digeste*, t. II, art. 1861.

a) En ce qui concerne la parenté, l'empêchement a la même étendue que dans le C. Soviétique de la Famille (art. 6 c.) et dans le C. Allemand (art. 1310 al. 1)¹. Le droit anglais², le C. C. Suisse (art. 100, al. 2) et le C. Brésilien (art. 183-IV) étendent l'empêchement dans la ligne collatérale jusqu'au troisième degré de parenté légitime ou illégitime sans dispense. Le C. Autrichien (art. 65 et 83) comprend dans la ligne collatérale le troisième et le quatrième degré de parenté légitime ou illégitime; le C. Espagnol (art. 84-2° et 85) le troisième et le quatrième degré de parenté légitime; le C. F. (art. 163-164), le C. Italien (art. 59-3° et 68) et la loi suédoise (Chap. II, art. 8) le troisième degré de parenté légitime; mais on peut accorder une dispense dans tous ces cas.

b) En ce qui concerne l'alliance, sauf le C. Soviétique, les législations la considèrent uniformément comme un empêchement dans la ligne directe. En ligne collatérale l'empêchement n'existe pas dans le C. Allemand (art. 1310, al. 1), dans le C. C. Suisse (art. 100, al. 2), dans le C. Brésilien (art. 183-II), dans la loi suédoise (chap. II, art. 9). Dans le C. F. (art. 162 et 164) l'empêchement existe entre beau-frère et belle-sœur lorsque le mariage qui produisait l'alliance a été dissous par le

1. Il faut remarquer toutefois que la contravention à l'empêchement au mariage des parents ou alliés naturels du côté du père n'entraîne pas la nullité (art. 1327). V. C. Bufnoir, etc., *op. cit.*, t. III, p. 46, note II, 5°.

2. A. Curti, *op. cit.*, p. 54-55.

divorce, mais on peut octroyer dispense. Il en est de même dans le C. Italien (art. 59-2° et 68), sauf que l'empêchement s'applique dans le cas de dissolution du mariage par la mort de l'un des conjoints, le divorce n'étant pas admis en Italie. Dans le droit anglais, l'empêchement s'étend jusqu'au troisième degré, mais, depuis la *Deceasedwifes's Sisler's Marriage, Act. 1907*, il est permis de se marier avec la sœur de l'épouse décédée et, depuis la *Deceased Brother's Widow's Marriage Act. 1921*, on peut contracter mariage avec le frère de l'époux décédé¹. Le C. Autrichien (art. 66 et 83) étend l'empêchement pour alliance légitime ou illégitime jusqu'au quatrième degré de la ligne collatérale et le C. Espagnol (art. 84-3° et 4° et 85) jusqu'au quatrième degré légitime et jusqu'au deuxième degré illégitime, mais on peut accorder dispense.

Nous devons signaler que, sous un aspect, l'empêchement par alliance est plus étendu au Chili que dans la plupart des législations. D'après l'art. 32 du C. Ch., l'alliance illégitime existe à l'égard des parents illégitimes de l'autre époux et aussi à l'égard des parents de la personne avec laquelle on a entretenu des relations sexuelles hors mariage. La loi chilienne est d'accord sur ce point avec le droit canon² et avec le C. Allemand. Ce dernier, dans son art. 1310, al. 2, dit : « Le mariage n'est pas permis entre personnes dont l'une a entretenu

1. A. Curti, *op. cit.*, p. 54-55.

2. Cavois et Saternault, *loc. cit.*, p. 682.

commerce charnel avec les père ou mère, ascendants ou descendants de l'autre », mais, à la différence du droit chilien, le C. Allemand n'édicte pas la nullité pour contravention à cet empêchement (art. 1327)¹. En droit français, où la loi n'a pas défini l'alliance, on a discuté si le commerce sexuel est une cause d'alliance illégitime; en général, on admet la négative².

Pour terminer, nous dirons que la loi chilienne, de même que le C. F., n'a édicté aucune règle spéciale pour prouver la parenté ou l'alliance illégitime qui sert de fondement à l'empêchement au mariage. En France on a discuté si on pourrait prouver le lien illégitime par d'autres moyens que ceux reconnus par la loi pour établir la filiation; après la réforme de l'art. 340 du C. F., qui permet dans une large mesure la recherche de la paternité illégitime, la question a perdu une partie de son importance³. Au contraire, au Chili, elle conserve son intérêt, car la recherche de la paternité illégitime existe dans des limites très restreintes.

6. Homicide et adultère

94. L'art. 6 de la L. M. C. dit : « Le conjoint survivant ne pourra pas contracter mariage avec l'assassin ou le complice de l'assassinat de son mari ou de sa femme ».

1. C. Bufnoir, etc., *op. cit.*, t. III, p. 46, note 11-5°.

2. F. Laurent, *op. cit.*, t. II, n° 351; — Baudry-Lacantinerie, *op. cit.*, t. I, n° 366; — Planiol, *op. cit.*, t. I, n° 653; — Planiol, Ripert et Rouast, *op. cit.*, n° 17; — L. Josserand, *op. cit.*, t. I, n° 684.

3. Colin et Capitant, *op. cit.*, t. I, p. 146; Baudry-Lacantinerie, *op. cit.*, t. I, n° 368; — Planiol, *op. cit.*, t. I, n° 727; — Planiol, Ripert et Rouast, *op. cit.*, n° 111; — L. Josserand, *op. cit.*, t. I, n° 719.

Plusieurs législations étrangères¹ admettent cet empêchement qui n'existe pas en droit français.

D'après l'art. 7 de la même loi, « la femme ne pourra contracter mariage avec l'individu avec lequel elle a commis le délit d'adultère ». L'art. 298 du C. F., aujourd'hui abrogé, visait l'homme aussi bien que la femme et parlait seulement du cas de divorce. Il en est de même sous le C. Allemand, dont la disposition en vigueur de l'art. 1312 est ainsi rédigée : « Le mariage n'est pas permis entre l'époux divorcé pour adultère et celui avec qui il a commis l'adultère, lorsque cet adultère est constaté dans le jugement de divorce comme cause de divorce. Il peut être octroyé dispense de cette règle. » Dans d'autres Codes, qui acceptent cet empêchement, il est commun aussi à l'homme et à la femme et s'applique en dehors du cas de divorce (C. Autrichien, art. 67; C. Espagnol, art. 84-7^o; C. Brésilien, art. 183-VII).

7. Tuteur et curateur

95. L'art. 116 du C. Ch. établit un empêchement au mariage du pupille mineur de 25 ans avec son tuteur ou curateur ou leurs descendants, avant que le compte d'administration ne soit approuvé par le juge. La sanction civile de la contravention n'est pas la nullité du mariage; c'est la perte, pour le tuteur ou curateur, de toute rémunération en raison de sa charge et même cette sanction n'a pas lieu si les ascendants, dont le con-

1. C. Autrichien (art. 68); C. Italien (art. 62); C. Espagnol (art. 84-8^o); C. Brésilien (art. 183-VIII);

sentement était nécessaire au mineur pour se marier ont accepté le mariage. L'art. 387 du C. Pénal punit le tuteur ou curateur qui se marie ou qui autorise le mariage contrevenant à la prohibition de l'art. 116 du C. Civil.

Des prohibitions analogues, mais plus ou moins étendues, existent dans le C. Brésilien (art. 183-XV) et dans d'autres Codes de l'Amérique Latine. Par contre, les législations européennes, sauf le C. Espagnol (art. 45-3^o) et la loi portugaise (art. 9), n'ont pas admis cet empêchement; le C. Allemand lui-même n'a pas reproduit l'interdiction du mariage du pupille avec son tuteur ou ses descendants, contenue dans la loi du 6 février 1875¹.

8. Secondes noces

96. Délai pour se remarier. — L'art. 128 du C. Ch. est ainsi conçu : « Lorsqu'un mariage a été dissous ou « déclarés nul, la femme qui est enceinte ne pourra « convoler à d'autres noces avant l'accouchement ou « (s'il n'y a pas signe de grossesse), avant l'accomplissement d'un délai de deux cent soixante dix jours à « compter de la dissolution ou de la déclaration de « nullité du mariage. »

« Pourra, toutefois, ce délai être réduit des jours précédant immédiatement la dite dissolution ou déclaration et pendant lesquels la fréquentation du mari et de la femme a été absolument impossible. »

Cette disposition est plus complète que celle de l'art.

1. C. Bufnoir, *etc.*, *op. cit.*, t. III, art. 1304, note II.

228 du C. F. Elle tient compte du cas d'accouchement avant l'expiration du délai, qui n'était pas prévu par l'article précité du C. F. avant la réforme de 1922; la disposition parle aussi de la déclaration de nullité du mariage, ce qui évite une difficulté à laquelle peut donner lieu le silence du C. F.

Au sujet du délai de 270 jours fixé par le C. Ch., nous devons faire une observation. Si, avec la prohibition, on désire éviter la « turbatio sanguinis », strictement un délai de 120 jours serait suffisant; en effet, par application de la règle de l'art. 76, l'enfant né avant les 180 jours ne serait jamais réputé conçu pendant le nouveau mariage et, au contraire, l'enfant né après 180 jours ne pourrait être du premier mari¹. Toutefois étant donné que le mariage légitime « ipso jure » les enfants nés après sa célébration, on fixe ordinairement à la femme, pour se remarier, un délai analogue à celui des plus longues grossesses, afin d'éviter, autant que possible, les conflits de paternité². Le C. Ch. a adopté un terme moyen en fixant le délai à 270 jours, ce qui est la durée ordinaire des grossesses. Puisque la différence est si faible, il aurait mieux valu établir le délai

1. J. Jolly, *Des seconds mariages*, Paris, 1896, p. 348 et s.

2. Il est curieux de remarquer que, dans plusieurs Codes, le délai de secondes noces ne coïncide pas exactement avec celui des plus longues grossesses. Ainsi, dans le C. italien, le premier délai est de dix mois (art. 57) et le dernier de 300 jours (art. 160); il en est de même dans le C. Brésilien (art. 183-XIV et 338). Dans le C. Espagnol, le premier est de 301 (art. 45-2°) et l'autre de 300 jours (art. 108). Dans le C. Allemand, les délais sont de dix mois (art. 1313) et 302 jours (art. 1592) respectivement. Dans le C. F. (art. 228 et 296) et dans le C. C. Suisse (art. 103 et 252), la concordance est parfaite : les deux délais sont de 300 jours.

de 300 jours, qui est plus en harmonie avec le surplus du système et accorder amplement la faculté de dispenser qui est prévue par le C. Espagnol (art. 85) et par le C. Allemand (art. 1313, al. 2).

97. Sanction. — A l'égal des législations étrangères, la loi chilienne n'a pas sanctionné la contravention à cet empêchement par la nullité du mariage. D'après les art. 8 de la L. M. C. et 126 du C. Civil, l'officier du Registre Civil ne peut autoriser le mariage de la femme tant que celle-ci ne justifie pas qu'elle n'est pas comprise dans l'empêchement. Le C. pénal, de son côté, punit la femme qui se marie en contrevenant à la disposition et le fonctionnaire qui aurait autorisé son mariage (art. 386 et 388). Enfin, l'art. 201 du C. Civil dispose que la femme qui se remarie avant l'expiration du délai légal et son nouveau mari seront solidairement responsables du préjudice et des frais occasionnés aux tiers par l'incertitude de la paternité.

98. Conflits de paternités. — Pour résoudre les conflits de paternités, en cas de secondes noces, l'art. 200 contient la règle suivante : « Lorsque, par suite du fait
« par la femme d'avoir contracté un autre mariage, il
« y a doute sur le point de savoir auquel des deux ma-
« riages un enfant appartient et que l'on invoque une
« décision judiciaire, le juge prononcera selon les circons-
« tances et en prenant, en outre, l'avis de médecins
« s'il l'estime convenable. »

Le C. Allemand, qui a fixé à dix mois le délai pour se remarier (art. 1313), contient aussi une disposition pour résoudre les conflits de paternité. L'art. 1600 est ainsi conçu : « L'enfant né d'une femme remariée après la dissolution de son premier mariage et qui pourrait, conformément aux articles 1591 et 1599, être l'enfant légitime aussi bien de son premier que de son second mari, est réputé enfant du premier mari s'il est né dans les deux cents soixante-dix jours qui suivent la dissolution du premier mariage, et enfant du second mari s'il est né plus tard. »

En droit anglais, il n'existe pas de délai pour se remarier. Lorsqu'un doute se présente sur l'origine de l'enfant, c'est ce dernier qui choisit son père une fois qu'il a atteint « l'âge de la discrétion » de 16 ans¹.

99. Autres empêchements. — Le C. Ch. a édicté aussi des prohibitions pour le nouveau mariage du veuf qui a des enfants sous sa puissance paternelle ou sous sa tutelle ou curatelle avant d'avoir fait inventaire des biens des enfants et pour la veuve qui se trouve dans le même cas avant d'accomplir les formalités tendant à pourvoir à son remplacement dans la charge. Ces prohibitions ne sont pas sanctionnées non plus par la nullité du mariage (art. 124-127, 130 et 511).

1. A. Curti, *op. cit.*, p. 55 et 93-1.

SECTION III

LES FORMALITES DU MARIAGE

100. Publications et oppositions. — Le législateur chilien a supprimé la publication et les oppositions. On a critiqué la suppression de ces mesures, destinées à assurer la régularité du mariage et qui sont admises, d'ailleurs, dans la plupart des législations, y compris entre les plus récentes, le C. C. Suisse (art. 105 et s.) et le C. Brésilien (art. 181-182, 189-191)¹. Quoique l'uniformité de leur acceptation constitue une puissante raison pour les adopter, nous estimons que leur introduction n'entraînerait pas d'avantage appréciable et qu'elle pourrait même produire des résultats peu satisfaisants. En effet, l'efficacité des mesures en question pour atteindre le but désiré est fort discutable; il sera très rare qu'on puisse empêcher en fait, à l'aide de ces formalités, la célébration d'un mariage qui pourrait plus tard être annulé. Par contre, la publication et les oppositions occasionnent des dérangements, des frais et des retards susceptibles d'éloigner du mariage beaucoup de gens, surtout dans les milieux ouvriers. Si l'intérêt social exige la multiplication des familles régulièrement constituées, il faut réduire au minimum les formalités du mariage; sans revenir à la vieille concep-

1. En Allemagne, le C. civil (art. 1316) et la loi du 6 février 1875 admettent la publication, mais n'ont pas consacré une théorie légale des oppositions au mariage.

tion du mariage consensuel, comme l'a fait la législation soviétique¹, on doit supprimer, dans la mesure du possible, les complications et les inconvénients.

101. Le mariage par procuration. — Avant la promulgation de la L. M. C. la possibilité de contracter mariage par procureur était admise sans discussion en droit chilien, mais depuis la loi mentionnée, la question est devenue douteuse. De l'histoire de cette loi, ainsi que du texte du règlement respectif (art. 36), il semble se dégager que le mariage peut être contracté par mandataire, mais cette conclusion n'est pas uniformément acceptée².

En droit français, on n'admet pas, en principe, le mariage par procureur; des lois spéciales du temps de guerre l'ont autorisé par exception³. Il en est à peu près de même en Italie, où le C. Civ. (art. 99 al. 2) admet le mariage par procuration seulement pour le roi et pour les membres de la famille royale et des lois de circonstances l'ont accepté exceptionnellement⁴. Le C. Allemand rejette le mariage par procuration en exigeant la présence personnelle des époux (art. 1317)⁵ et le C. C. Suisse ne le permet non plus⁶. Par contre, le

1. J. Champcommunal, *op. cit.*, p. 70-73.

2. L. Claro, *op. cit.*, t. I, n° 703 et t. IV, n° 1896; A. Barros, *op. cit.*, t. III, p. 55.

3. Colin et Capitant, *op. cit.*, p. 127; t. I, Baudry-Lacantinerie, *op. cit.*, t. I, n° 393 et 393 bis; Planiol, *op. cit.*, t. I, n° 858; — Planiol, Ripert et Rouast, *op. cit.*, n° 213; — L. Josserand, *op. cit.*, t. I, n° 779; — G. Lecarpentier, *Le mariage par procuration*, Thèse, Paris, 1918, p. 37 et s.

4. R. de Ruggiero, *op. cit.*, t. II, p. 527-528.

5. C. Bufnoir, etc., *op. cit.*, t. III, art. 1317, note (2).

6. Rossel et Mentha, *op. cit.*, t. I, n° 336.

droit canonique admet depuis longtemps le mariage par procureur, bien que le *Codex* l'ait restreint quelque peu; il ne l'autorise que pour une juste cause et la procuration doit être écrite et signée par le curé ou par deux témoins¹. Le C. Autrichien (art. 76), le C. Espagnol (art. 87 et 100), la loi portugaise (art. 25), le C. Japonais (art. 775), le C. Brésilien (art. 194 et 201) et plusieurs autres législations de l'Amérique Latine acceptent aussi le mariage par procuration.

Il est évident que, dans la pratique, le mariage par procureur peut offrir de l'utilité pour épargner surtout des déplacements coûteux ou impossibles. Il conviendrait, en conséquence, que les doutes que son admission soulève en droit chilien fussent écartés par le législateur. Toutefois, si l'on ne veut pas que l'institution occasionne des difficultés, il faut prévoir les effets de la révocation du mandat. Sans une disposition expresse, on pourrait discuter sur la validité du mariage contracté après que le mandant a changé de volonté et avant de notifier la révocation au mandataire. Pour le démontrer, il nous suffit de transcrire des dispositions de deux Codes qui autorisent le mariage par procuration.

C. Autrichien, — art. 76 — « La déclaration solennelle du consentement au mariage peut être faite par un fondé de pouvoirs : mais l'autorisation du tribunal

1. Cuvrois de Saternault, *loc. cit.*, p. 687-688; — G. Lecarpentier, *op. cit.*, p. 9 et s.

local sera nécessaire à cet effet, et il faudra que la personne avec laquelle le mariage devra être célébré soit désignée dans la procuration. Le mariage contracté sans une telle procuration spéciale est nul. Si la procuration a été révoquée avant la célébration du mariage, le mariage, à la vérité, sera nul mais celui qui aura donné la procuration sera responsable du dommage causé par la révocation ».

C. Espagnol — Art. 87 — « Le mariage peut être contracté personnellement ou par mandataire muni de pouvoir spécial, mais sera toujours requise la présence réelle du fiancé domicilié ou résidant dans le district du juge qui doit autoriser le mariage. Dans la procuration spéciale on devra désigner le nom de la personne avec laquelle on entend contracter mariage et celui-ci sera valable si, avant la célébration, on n'a pas notifié au mandataire, dans une forme authentique la révocation du mandat ».

On le voit, la solution n'est pas la même dans les deux Codes. La nature particulière du mariage et la liberté du consentement accordé, en principe, aux fiancés jusqu'au moment de la célébration exigent donc, pour éviter des difficultés, l'indication expresse, dans la loi, des effets de la révocation du mandat¹.

1. G. Lecarpentier, *op. cit.*, p. 97 et s.

NULLITES DE MARIAGE

§ I. Règles sur la matière

102. Solutions adoptées par la loi chilienne. — De même que les législations étrangères, la loi chilienne a soumis la nullité du mariage à des règles spéciales, qui à plusieurs égards font échec aux principes du droit commun sur la validité des actes juridiques. Les solutions contenues dans les art. 29-36 de la L. M. C. peuvent être résumées ainsi :

a) Il y a nullité absolue et imprescriptible si le mariage n'a été célébré devant l'officier du Registre civil compétent et devant le nombre des témoins capables déterminé par la loi. Identique est la sanction au cas où existerait au moment de la célébration du mariage l'un des empêchements suivants : lien matrimonial non dissous, impuissance, parenté ou alliance, homicide, adultère ou rapt.

b) Il y a nullité absolue mais prescriptible, dans le cas de mariage contracté par un impubère, par un aliéné, ou par une personne qui ne pouvait exprimer clairement sa volonté de vive voix ou par écrit. Le délai de prescription est d'un an à compter du jour de l'arrivée à la puberté ou de la cessation de l'incapacité.

L'action en nullité, dans les hypothèses des deux groupes précédents, appartient aux époux, à leurs ascendants, au ministère public et à toute personne ayant un intérêt actuel.

c) Il y a nullité relative dans les cas de consentement vicié par erreur ou violence. L'action appartient à l'époux qui en a été victime et se prescrit par le délai d'un an à partir de la date de la découverte de l'erreur ou de la cessation de la violence.

Toute action en annulation ou en nullité doit être intentée du vivant des deux époux; les héritiers de ceux-ci ne peuvent donc introduire la demande. Seulement, par exception, la mariage « in extremis » peut être attaqué après la mort du conjoint malade et, dans ce cas, l'action en annulation ou en nullité, quel que soit son fondement, s'éteint par le délai d'un an à compter de la date du décès de l'époux malade.

103. Observations. — Les solutions que nous venons de résumer nous paraissent mériter quelques observations.

1. La loi n'a pas admis la grossesse comme fin de non-recevoir de l'action en nullité du mariage pour impuberté. Aujourd'hui la question est sans importance, l'âge de la puberté fixé par la loi étant extrêmement bas. Mais, à supposer qu'on relève l'âge nuptial, comme nous l'avons proposé, il faudra prévoir l'exception de grossesse comme l'ont fait le C. F. (art. 185-2^o), le C. Italien (art. 110-2^o), le C. Espagnol (art. 83-1^o) et le C. Brésilien (art. 215). En droit allemand, le défaut d'âge n'est pas même une cause de nullité du mariage¹, celui-ci peut être annulé toutefois si le mi-

1. C. Bufnoir, etc., *op. cit.*, t. III, p. 46, note II-1^o.

neur n'a pas obtenu le consentement de son représentant légal (art. 1331). D'après M. Curti-Forrer¹, il en est de même dans le C. C. Suisse dont l'art. 128, al. 2, dispose au moins que la nullité du mariage par défaut du consentement des père et mère ou du tuteur ne peut être déclarée s'il y a eu grossesse.

2. La sanction prévue par la loi chilienne pour l'incompétence de l'officier du Registre civil et le défaut de témoins capables est trop rigoureuse : l'action en nullité est ouverte à tout intéressé durant la vie des conjoints et il n'est pas facultatif pour le juge de l'accueillir; la possession d'état n'est pas une fin de non-recevoir, même entre époux, et, comme nous le verrons plus loin, la bonne foi des contractants ne donne pas au mariage le caractère de putatif. Voici des sanctions qui ne cadrent pas bien avec l'idée de réduire au minimum les causes d'instabilité de la famille, qui doit dominer la théorie des nullités en matière de mariage.

En droit français, on admet que le juge saisi d'une demande en nullité du mariage basée sur la clandestinité — dans laquelle on comprend aussi le défaut des témoins exigés par la loi, ou sur l'incompétence de l'officier de l'état civil — n'est pas tenu d'y faire droit; il jouit d'un pouvoir d'appréciation lui permettant de rejeter la demande quand bien même les faits allégués seraient reconnus exacts (arg. art. 193 *in fine* C. F.).

1. *Op. cit.*, art. 97, note 17. *Contra*, Rossel et Mentha, *op. cit.*, t. I, n° 360.

De plus, par une interprétation extensive de l'art 196 du C. F., on déclare que, lorsqu'il y a possession d'état, les époux sont respectivement non recevables à demander la nullité du mariage pour clandestinité ou pour incompétence de l'officier de l'état civil¹.

Sous le C. Allemand, non seulement l'incompétence du fonctionnaire « *ratione personae* » (art. 1320) et le défaut des formes non substantielles (art. 1318) ne sont pas sanctionnés par la nullité², mais aussi, d'après l'art. 1319, le mariage est valable contracté devant « celui qui, sans avoir cette qualité, exerce publiquement les fonctions d'officier de l'état civil, à moins que les fiancés ne connaissent, lors de la conclusion du mariage, le défaut d'investiture officielle ». Il y a même plus, le mariage célébré sans les formes substantielles (art. 1317), mais inscrit au registre des mariages, doit être considéré comme valable dès l'origine lorsque les époux ont vécu ensemble comme gens mariés pendant dix années après la conclusion du mariage, ou, en cas de mort de l'un d'eux dans ce délai, jusqu'au décès de cet époux, mais au moins durant trois années, (art. 1324)³.

Le C. C. Suisse, dans son art. 131, dit : « Le mariage contracté devant l'officier de l'état civil ne peut être déclaré nul pour cause d'inobservation des formalités

1. Colin et Capitant, *op. cit.*, t. I, p. 174-175 et 182-183; — Baudry-Lacantinerie, *op. cit.*, t. I, n° 467, 471 et 496; — Planiol, *op. cit.*, t. I, n° 1021, 1026 et 1054; — Planiol, Ripert et Rouast, *op. cit.*, n°s 271-272 et 277-278; — L. Jossierand, *op. cit.*, t. I, n°s 825 et 831.

2. C. Bufnoir, etc., *op. cit.*, t. III, art. 1317, note (3) et p. 46, note II, *in fine*.

3. C. Bufnoir, etc., *op. cit.*, t. III, notes aux art. 1317, 1318 et 1324.

légales ». En conséquence, l'incompétence du fonctionnaire, l'absence complète ou l'incapacité des témoins, etc., ne donnent pas lieu à nullité¹.

Le C. Brésilien a établi une courte prescription des deux ans pour l'action en nullité basée sur l'incompétence du fonctionnaire (art. 208).

Les législations les plus récentes confirment donc la critique, que nous avons faite à la loi chilienne, d'avoir adopté une sanction exagérée du défaut des formalités requises pour le mariage.

3, En ce qui concerne la nullité pour aliénation mentale ou pour défaut de consentement exprimé de la manière voulue par la loi, on a établi une prescription d'un an à partir de la cessation de l'incapacité, mais on n'a pas prévu la possibilité d'une ratification. Après la fin de l'incapacité et pendant le délai de prescription, l'action en nullité continue donc à être ouverte à tout intéressé. Il est vrai que le court délai de prescription enlève à la question une grande partie de son importance, mais, en tout cas, il serait plus raisonnable d'adopter une solution tendant à refuser aux tiers l'action en nullité après la cessation de l'incapacité. Le C. Allemand permet la ratification, dans l'al. 2 de l'art. 1325, ainsi conçu : « Le mariage doit être considéré comme valable dès l'origine, si l'époux le confirme après la cessation de l'incapacité d'exercice des droits, de l'inconscience,

1. F. Curti-Forrer, *op. cit.*, art. 131, notes; Rossel et Mentha, *op. cit.*, t. I, n° 364.

ou du trouble mental, et avant qu'il ait été déclaré nul, ou dissous. La confirmation n'exige pas la forme prescrite pour la conclusion du mariage ». De son côté, l'art. 122 al. 2 du C. C. Suisse dit : « Lorsque l'époux incapable de consentement ou atteint de maladie mentale a recouvré la plénitude de ses facultés, la nullité du mariage ne peut être demandée que par l'un ou l'autre des époux ». Ceci revient à dire que la nullité devient relative du moment de la cessation de l'incapacité¹.

4. Au sujet de l'annulation du mariage pour erreur ou violence, le C. F., dans son art. 181, déclare que « la demande en nullité n'est plus recevable; toutes les fois qu'il y a eu cohabitation continue pendant six mois depuis que l'époux a acquis sa pleine liberté ou que l'erreur a été par lui reconnue ». Rien de plus n'a été dit sur la confirmation ou la prescription. Dans le silence du Code, des difficultés se présentent pour décider sur la prescriptibilité de l'action en cas de défaut des conditions requises pour la confirmation tacite prévue par l'art. 181; plusieurs solutions ont été proposées. En ce qui concerne la confirmation expresse, la doctrine est un peu hésitante, bien que la plupart des auteurs soient défavorables à son admission².

1. Rossel et Mentha, *op. cit.*, t. I, n° 351; — E. Curti-Forrer, *op. cit.*, art. 122, note 8.

2. Colin et Capitant, *op. cit.*, t. I, p. 170-171; — Baudry-Lacantinerie, *op. cit.*, t. I, n°s 437-440; — Planiol, *op. cit.*, t. I, n°s 1069-1070; — Planiol, Ripert et Rouast, *op. cit.*, n°s 294-295; — L. Josserand, *op. cit.*, n°s 849 et 851.

La loi chilienne n'ayant pas exigé la cohabitation, il suffit que la prescription d'un an soit accomplie pour que le mariage devienne inattaquable; la question de la simple prescription a donc été écartée. Mais les textes n'ont pas envisagé la confirmation expresse ou tacite, ce qui peut donner lieu à des discussions. Le C. Allemand, dans son art. 1337, a prévu la confirmation en cas d'erreur, dol ou violence.

5. Sur l'autorité des jugements en matière de nullité du mariage, la loi chilienne, pas plus que la loi française, ne contient de disposition spéciale permettant de résoudre sûrement les difficultés qui peuvent se présenter sur la valeur absolue ou relative des jugements en question¹. Dans le C. Ch. existent des textes qui consacrent la valeur absolue des jugements en matière de légitimité d'enfants (art. 315 et s.); il conviendrait de statuer aussi sur la nullité du mariage.

§ II. Le mariage putatif.

104. Dispositions. — Le C. Ch. consacre la théorie du mariage putatif dans les articles suivants :

Art. 122. — « Le mariage nul, s'il a été célébré avec
« les solennités requises par la loi, produit les mêmes
« effets que le mariage valable à l'égard du conjoint qui
« l'a contracté de bonne foi et avec une juste cause d'erreur; il cessera, toutefois, de produire des effets civils

1. Baudry-Lacantinerie, *op. cit.*, t. I, n° 473; — Planiol, *op. cit.*, t. I, n°s 1084-1090; — Planiol, Ripert et Rouast, *op. cit.*, n°s 311-314; — L. Josserand, *op. cit.*, n°s 855-857.

« dès que la bonne foi fera défaut de la part des deux
« époux.

« Les donations ou promesses faites, pour cause
« du mariage, par l'autre conjoint à celui qui s'est marié
« de bonne foi subsisteront nonobstant la déclaration
« de nullité du mariage. »

Art. 179. — « L'enfant conçu durant le mariage de
« ses père et mère est un enfant légitime.

« Il en est de même de l'enfant conçu en mariage
« putatif, tant que le dit mariage produit des effets civils,
« conformément à l'art. 122. »

Art. 203. — « Le mariage putatif ne suffit pas pour
« légitimer les enfants qui auraient été conçus antérieu-
« rement, »

105. Observations. — 1. De même que l'ancien droit français, l'art. 122 exige « une juste cause d'erreur » en plus de la bonne foi, mais on n'a pas spécifié si l'on peut prendre en considération l'erreur de droit qui, d'après le système du C. Ch., n'est pas un vice du consentement (v. n° 133). Voici donc une difficulté.

D'autre part, la mention expresse que le texte a fait d'une juste cause d'erreur ne permet pas d'étendre les effets du mariage putatif au mariage annulé pour vice de violence. Cette hypothèse qui n'a pas préoccupé les auteurs français a été examinée en Italie. M. Galgano, qui a publié une très intéressante étude intitulée : *Sulla essenza della buona e mala fede*, dans laquelle il a envisagé la bonne foi comme une notion morale s'opposant

à la mauvaise foi, a appliqué sa conception au mariage putatif et il soutient que, quoique, dans le cas de violence, il n'y ait pas d'erreur, la bonne foi n'est pas exclue et le mariage annulé doit être considéré comme putatif¹. Le C. Allemand a donné une solution expresse à la question dans son art. 1704, ainsi conçu : « Lorsque le mariage peut être attaqué et est en fait attaqué pour cause de menaces, l'époux qui a le droit de l'attaquer est assimilé à l'époux qui n'avait pas connaissance de la nullité du mariage au jour où il le contractait.

2. L'art. 122 subordonne les effets du mariage putatif à la survivance de la bonne foi, contrairement à ce que décide la doctrine française, italienne et espagnole, qui applique ici le même principe qu'en matière de possession « mala fides superveniens non nocet² ». Quoique les Codes plus récents diffèrent entre eux au sujet du mariage putatif, en ce qui concerne les effets subordonnés à la bonne foi des époux, ils sont d'accord pour exiger seulement la bonne foi initiale (C. Allemand, art., 1701-1703; C. C. Suisse, art. 134; C. Brésilien, art. 221). Cette exigence de la survivance de la bonne foi apparaît plus rigoureuse encore si on la compare avec les solutions libérales adoptées par d'autres législations,

1. *Violenza e consenso nel matrimonio putativo*, Rivista di diritto civile, 1921, p. 109, 438 et s.

2. Colin et Capitant, *op. cit.*, t. I, p. 189; — Baudry-Lacantinerie, *op. cit.*, t. I, n° 479; — Planiol, *op. cit.*, t. I, n° 1098; — Planiol, Ripert et Rouast, *op. cit.*, n° 319; — L. Josserand, *op. cit.*, t. I, n° 860-4°; — R. de Ruggiero, *op. cit.*, t. II, p. 557; — C. Valverde, *op. cit.*, t. IV, p. 194-195.

qui n'exigent même pas la bonne foi pour déclarer la légitimité ou la légitimation des enfants des parents dont le mariage a été annulé (v. ob. 5).

3. L'art. 122 exige que le mariage ait été célébré avec les formalités requises par la loi. Le C. F. a gardé le silence sur les formalités, ce qui a permis à la doctrine et à la jurisprudence de décider que la bonne foi peut couvrir aussi un défaut de forme¹; or, l'article précité du C. Ch. écarte cette solution. Cependant, on s'est demandé si l'erreur sur la compétence de l'officier du Registre civil pourrait faire produire des effets à un mariage annulé en raison de l'incompétence du fonctionnaire. Quoiqu'on ait soutenu que l'erreur en pareil cas serait susceptible de donner à l'union le caractère de mariage putatif², cette conclusion est plus que discutable. Il est évident, en effet, que, dans l'hypothèse, la formalité requise sous peine de nullité par la loi sur le mariage civil (art. 31) n'a pas été accomplie et l'art. 122 du C. Civ. exige *conjointement* la célébration du mariage avec les formalités requises, la bonne foi et la juste cause d'erreur. La solution qui semble s'imposer est d'autant plus regrettable que la loi chilienne ne contient pas de disposition analogue à celle de l'art. 193 du C. F. qui confère au juge, au moins indirectement,

1. Colin et Capitant, *op. cit.*, t. I, p. 188-189; — Baudry-Lacantinerie, *op. cit.*, t. I, n° 480; — Planiol, *op. cit.*, t. I, n° 1105-1106; — Planiol, Ripert et Rouast, *op. cit.*, n° 317 et 322; — L. Josserand, *op. cit.*, t. I, n° 860-3°.

2. L. Claro, *op. cit.*, t. I, n° 756.

un pouvoir discrétionnaire pour prononcer la nullité. (v. n° 103-2).

4. Il n'y a pas, dans la loi chilienne, un principe général comme celui énoncé par l'art. 3 du C. C. Suisse, qui dit : « La bonne foi est présumée lorsque la loi en fait dépendre la naissance ou les effets d'un droit. Nul ne peut invoquer sa bonne foi si elle est incompatible avec l'attention que les circonstances permettraient d'exiger de lui ». De même que le C. F. (art. 2268), le C. Ch. (art. 707) a édicté la présomption de bonne foi dans la matière spéciale de la possession et n'a rien dit au sujet du mariage putatif. On peut donc discuter si c'est à celui qui veut se prévaloir des effets du mariage putatif qu'il incombe d'établir la bonne foi et la juste cause d'erreur, ou si c'est à l'adversaire de prouver que ces éléments ont fait défaut. Nous rappelons qu'en France la question a été discutée, bien qu'aujourd'hui la doctrine et la jurisprudence se prononcent dans le sens que la présomption de bonne foi est applicable en matière de mariage putatif et qu'il appartient, en conséquence, à celui qui invoque la mauvaise foi d'établir son existence¹.

Pour éviter toute difficulté, on peut envisager deux solutions, ou bien admettre expressément la présomption de bonne foi à propos du mariage putatif, comme

1. Colin et Capitant, *op. cit.*, t. I, p. 189-3°; — Baudry-Lacantinerie, *op. cit.*, t. I, n° 478; — Planiol, *op. cit.*, t. I, n° 1099; — Planiol, Ripert et Rouast, *op. cit.*, n° 320; — L. Jossierand, *op. cit.*, t. I, n° 860-6°.

l'a fait le C. Espagnol (art. 69, al. 3), ou bien introduire dans le Code une disposition générale comme celle de l'art. 3 du C. C. Suisse. Nous estimons préférable cette dernière méthode, qui aurait l'avantage d'éliminer les difficultés dans toutes les matières où il faut traiter différemment les individus de bonne ou de mauvaise foi.

5. En ce qui concerne les effets du mariage putatif à l'égard des enfants, nous devons critiquer la disposition de l'art. 203 du C. Ch., qui, en rejetant la légitimation des enfants par mariage putatif subséquent, a adopté une solution qui n'est pas d'accord avec le droit moderne. Le législateur chilien a suivi Pothier (*Traité du Mariage*, nos 418 et s.), dont l'opinion n'est partagée ni par la doctrine ni par la jurisprudence françaises, qui acceptent la légitimation par mariage putatif, en dépit de l'expression « enfants issus du mariage » employée par l'art. 201 du C. F.¹ Dans le même sens se prononcent aussi le C. Italien (art. 116), le C. Espagnol (art. 69 et 120), le C. Allemand (art. 1721), le C. C. Suisse (art. 258), le C. Brésilien (art. 217, 221, 229 et 353)².

Nous devons ajouter que, dans certaines de ces dernières législations, la légitimité comme la légitimation des enfants ne sont pas subordonnées à la bonne foi des époux. L'art. 69, al. 3 du C. Espagnol dit : « S'il

1. Colin et Capitant, *op. cit.*, t. I, p. 189-190; — Baudry-Lacantinerie, *op. cit.*, t. I, n° 483; — Planiol, *op. cit.*, t. I, n° 1109; — Planiol, Ripert et Rouast, *op. cit.*, n° 326; — L. Josserand, *op. cit.*, t. I, n° 865-3°.

2. R. de Ruggiero, *op. cit.*, t. II, p. 556; — C. Bufnoir, etc., *op. cit.*, t. III, art. 1721, note (1); — Rossel et Mentha, *op. cit.*, t. I, n° 367 et 601; — C. Bevilacqua, *op. cit.*, t. II, art. 217, ob. 1 et 353, ob. 2.

y a eu mauvaise foi de la part de deux époux, le mariage produira des effets seulement à l'égard des enfants³ ». Le C. C. Suisse, dans son art. 133 al. 1, s'exprime ainsi : « Les enfants issus d'un mariage déclaré nul sont légitimes même si leurs père et mère n'étaient pas de bonne foi », disposition qui s'étend aussi à la légitimation des enfants nés avant le mariage (art. 258)⁴. Le C. Brésilien a fait une distinction : l'annulation du mariage n'est pas un obstacle à la légitimité des enfants conçus ou nés avant ou pendant le mariage, même si les deux époux ont été de mauvaise foi (art. 217); au contraire, si le mariage, au lieu d'être annulable, est nul, les enfants ne bénéficient de la légitimité que si l'un des époux ou les deux époux l'ont contracté de bonne foi (art. 221)¹.

Par contre, en Allemagne, on n'a pas adopté la solution du C. Prussien, qui, à l'égal du C. C. Suisse, déclarerait légitimes les enfants, même lorsque les deux époux étaient de mauvaise foi. Le C. Allemand exige la bonne foi, au moins de l'un des époux, pour que la légitimité ou la légitimittion puisse se produire (art. 1699-1702 et 1721). L'art. 1703 fait néanmoins une concession aux enfants lorsque les deux époux étaient de mauvaise foi : ils peuvent réclamer l'entretien à leur père pendant toute la vie de celui-ci, de la même manière que les enfants légitimes.

1. C. Valverde, *op. cit.*, t. IV, p. 195-196.

2. E. Curti-Forrer, *op. cit.*, art. 133, note 5; — Rossel et Mentha, *op. cit.*, t. I, nos 367 et 601.

3. C. Bevilacqua, *op. cit.*, t. II, art. 217, ob. 2 et 221, ob. 1.

6. Finalement, nous devons signaler une lacune dans la loi chilienne, lacune qui existe aussi dans le droit français : on n'a pas statué sur la manière de régler la situation des époux entre eux et leurs relations avec les enfants, après l'annulation du mariage. L'art. 1764-4° se borne à déclarer que la société conjugale se dissout par la déclaration de nullité du mariage, ce qui équivaut à rendre applicables à la liquidation, les règles prévues pour les autres cas de dissolution. Le C. C. Suisse, dans ses art. 133 et 134, dispose que, si un mariage a été déclaré nul, les droits et les obligations des parents et des enfants, la liquidation des biens matrimoniaux, et les indemnités réclamées par les époux à titre de dommages-intérêts, pension alimentaire ou réparation morale, seront réglées comme en cas de divorce. A défaut de celui-ci, le C. Ch. aurait pu renvoyer aux règles de la séparation de corps.

SECTION V

EFFETS DU MARIAGE

106. En ce qui concerne les effets du mariage en relation avec la personne et les biens des époux, les principales observations que nous devrions formuler, se réfèrent au régime matrimonial. Mais le C. Ch. n'a traité qu'une partie restreinte de la matière dans le livre des personnes; presque la totalité de la réglemen-

tation du régime matrimonial figure dans le livre IV destiné aux obligations et aux contrats. En conséquence, nous n'en traiterons pas dans cette thèse, ainsi que nous ne nous occuperons non plus de l'incapacité de la femme mariée qui est intimement liée avec le régime matrimonial. Nous signalons, néanmoins, que dans une réforme du C. Ch. on doit contempler le changement de place des dispositions sur la matière : tant le régime légal que le régime conventionnel doivent être traités dans le droit de famille. C'est la place que leur ont donnée les Codes plus modernes (C. Allemand, art. 1363 et s.; C. C. Suisse, art. 178 et s.; C. Brésilien; art. 256 et s.).

Le Projet franco-italien de Code des obligations a éliminé aussi la réglementation du régime matrimonial. A ce sujet, le Rapport des Commissions s'exprime ainsi¹ : « La partie spéciale commence, dans les deux Codes actuels, par la matière du contrat de mariage qui a été placé en tête comme si on voulait rendre hommage à la haute dignité de son contenu et de son but. Les deux Commissions ont été d'accord pour éliminer ce titre du projet actuel parce que, bien qu'il s'agisse d'un contrat (et à la vérité cela n'est même pas toujours exact parce qu'on doit tenir compte, à côté des régimes conventionnels, du régime légal) le siège vraiment organique de la matière a semblé être celui des droits de famille et plus particulièrement du mariage auquel

1. *Projet franco-italien, op. cit.*, p. XLVII.

ces conventions sont étroitement liées. Dans la réforme du Code civil italien qui est en cours, les conventions matrimoniales ont d'ailleurs été insérées sous un nouveau titre : *Du régime matrimonial du mariage*, aussitôt après les dispositions qui se rapportent aux relations personnelles, à la dissolution du mariage et à la séparation de corps. »

SECTION VI

LE DIVORCE ET LA SEPARATION DE CORPS

§ I. Le divorce.

107. Au Chili, le divorce n'est pas admis. La loi emploie le mot, mais pris dans son sens canonique équivalent à séparation de corps. D'après la législation chilienne, un mariage valablement célébré, ne peut être dissous que par la mort naturelle ou présumée de l'un des conjoints (L. M. C. art. 19, 37 et 38).

En dehors des moyens détournés, tendant à l'annulation du lien, d'ailleurs peu recommandables et de succès très incertain, les Chiliens qui ont éprouvé des déceptions dans un mariage n'ont, au Chili, d'autre recours pour refaire leur vie, que le concubinage avec sa suite de conséquences fâcheuses pour les concubins eux-mêmes et pour leur postérité. Nous avons dit *les Chiliens*, parce que, s'il est vrai qu'un étranger marié au Chili ou ailleurs, ne peut divorcer au Chili ni s'y remarier après divorce obtenu à l'étranger, il peut néan-

moins divorcer et se remarier hors du pays et son nouveau mariage sera reconnu au Chili (C. Civ. art. 120-121). Au contraire, un Chilien divorcé et remarié dans les mêmes conditions ne peut se prévaloir au Chili de la nouvelle union; il n'est pas possible pour lui de contracter, avant la mort naturelle ou présumée de son conjoint, un nouveau mariage produisant des effets au Chili (art. 119).

A plusieurs reprises on a tenté d'introduire le divorce dans la législation chilienne, mais les tentatives n'ont pas abouti jusqu'à présent. C'est la tradition catholique, héritée d'Espagne et fortement enracinée dans l'Amérique Latine, qui a empêché d'introduire le divorce non seulement au Chili, mais aussi dans plusieurs des républiques du continent; notamment les législations des deux plus importants pays, l'Argentine et le Brésil, ne l'ont pas encore accepté. La question du divorce sera, sans doute, l'un des points sur lesquels l'accord sera difficile à obtenir dans l'œuvre d'unification du droit privé d'Amérique.

Ce n'est pas la place, dans ce travail, de faire une plaidoirie en faveur du divorce. Il nous suffit de signaler que, en dehors de l'Amérique Latine, dans les pays de civilisation plus avancée, sauf l'Espagne et l'Italie, l'institution existe. Nous renvoyons aux livres pour les détails des différentes législations¹.

1. M. Richard Prassinou, *Le divorce et la séparation de corps en droit comparé et en droit international privé*, Thèse, Paris, 1928 ; — E. Ro-

§ II. La séparation de corps

108. Catégories. — Comme nous l'avons dit plus haut, la loi appelle *divorce* ce qu'on dénomme en France séparation de corps. Il y a deux catégories de séparation de corps : la séparation perpétuelle et la séparation temporaire, dont les causes et les effets sont différents (L. M. C., art. 20). Nous donnerons un bref aperçu de l'une et de l'autre.

109. Séparation de corps perpétuelle. — *Causes.* — Les causes qui peuvent servir de fondement à une demande en séparation de corps perpétuelle sont plus nombreuses dans la loi chilienne que dans le C. F. et elles sont surtout plus détaillées. Ainsi, des faits pouvant rentrer dans les termes génériques « *excès, sévices ou injures graves* », employés par l'art. 231 du C. F., ont été l'objet d'une énumération minutieuse dans la loi chilienne. On signale, en effet, comme causes de séparation de corps perpétuelle : les mauvais traitements graves et répétés de fait ou de parole, la tentative du mari de prostituer sa femme, le vice incorrigible du jeu, d'ivresse

guin, *op. cit.*, n° 174 et s.; — E. Tarragato, *El divorcio en las legislaciones comparadas*, Madrid, 1925; — Ruiz Moreno, *Las causas del divorcio y de la separacion de cuerpos en la legislacion comparada*, Buenos-Aires, 1926; — F. Cosentini, *Le droit de famille*, Paris, 1929, p. 251 et s.; — H. Coulon, *Le divorce et la séparation de corps*, 5 vol., Paris, 1890-1897; — A. Piérard, *Divorce et séparation de corps*, 2 vol., Bruxelles, 1927-1928; — J. Priou, *Le divorce et la séparation de corps en droit allemand*, Thèse, Paris, 1923; — Rossel et Mentha, *op. cit.*, t. I, n° 372 et s.; — Ch. Reymond, *Du divorce et de la séparation de corps en Suisse*, Lausanne, 1915; — A. Curti, *op. cit.*, p. 69 et s.; — Colin et Capitant, *op. cit.*, t. I, p. 191 et s.; — Planiol, *op. cit.*, t. I, n° 1131 et s.; — Planiol, Ripert et Rouast, *op. cit.*, n° 486 et s.; — Baudry-Lacantinerie, *op. cit.*, t. I, n° 604 et s.; — L. Josserand, *op. cit.*, t. I, n° 904, etc.

ou de prodigalité, le fait, par l'un des époux, d'être l'auteur, l'instigateur ou le complice d'un délit contre les biens, l'honneur ou la vie de l'autre conjoint (L. M. C. art. 21, n^{os} 2, 3, 4 et 9). Etant donnée la portée que la jurisprudence française accorde à l'expression « injures graves », on pourrait même ajouter comme pouvant rentrer dans les termes de l'art. 231 du C. F. « la tentative de corrompre les enfants ou la complicité des faits de corruption des dits enfants » (L. M. C. art. 21-n^o 13).

Une cause qui ne figure pas dans le C. F. est celle que signale le n^o 10 de l'article cité : « une maladie grave, incurable et contagieuse ». La jurisprudence française a accepté comme injure grave le fait d'avoir communiqué volontairement la syphilis à l'autre conjoint (Cass. 18 janvier 1892; S. 92-1-80), mais la disposition de la loi chilienne n'exige pas une faute du malade; il suffit du fait de la maladie, qui doit être incurable et contagieuse, ce qui exclut, d'ailleurs, la simple folie. Dans le cas d'interdiction du mari pour cause d'aliénation mentale, la femme peut demander, néanmoins, la séparation de biens (art. 463 et 1762), contrairement à ce qu'on décide en France¹.

Il est intéressant de remarquer que le C. Allemand (art. 1569) et le C. C. Suisse (art. 141), qui acceptent expressément la folie comme une cause de divorce, n'ont pas envisagé « in terminis » les autres maladies,

1. Colin et Capitant, *op. cit.*, t. III, p. 172; — Baudry-Lacantinerie, *op. cit.*, t. III, n^o 192; — Planiol, *op. cit.*, t. III, n^{os} 1169-1170.

mais ils contiennent des dispositions dans lesquelles on pourrait les faire rentrer. En effet, le C. Allemand se réfère au cas d'un époux qui, « par une inconduite déshonorante ou immorale, s'est rendu coupable d'un ébranlement si profond du rapport conjugal que le maintien du mariage ne peut être exigé... »; une maladie coupable pourrait donc justifier le divorce¹. De son côté le C. C. Suisse, dans son art. 142, dit : « Chacun des époux peut demander le divorce lorsque le lien conjugal est si profondément atteint que la vie commune est devenue insupportable »; cette disposition, contrairement à celle du C. Allemand, ne fait pas allusion à une cause coupable. « Ce qui a une grosse importance, dit M. Curti-Forrer², c'est la circonstance que, d'après la lettre de l'art. 142, la faute de la partie défenderesse n'est plus une condition nécessaire... Il suffit donc maintenant d'un état de fait qui permette d'admettre que la continuation de la vie conjugale est insupportable pour le demandeur, et cela sans qu'on ait besoin d'en rapporter l'origine aux parties ».

Effets. — Quant aux effets de la séparation de corps perpétuelle, ils sont à peu près les mêmes qu'en France. Nous signalons qu'ils se produisent à partir de la sentence passée en force de chose jugée; il n'y a pas de

1. J. Priou, *op. cit.*, p. 51 et s. et 93. Un projet de loi dû au professeur Wilhelm Kahl supprime la culpabilité dans la disposition de l'art. 1560. V. E. Tarragato, *op. cit.*, p. I^X et 142 et s.

2. *Op. cit.*, art. 142, note 6. Com. Rossel et Mentha, *op. cit.*, t. I, n° 384 bis, p. 246.

rétroactivité entre les époux en ce qui touche leurs biens, contrairement à ce qu'on décide en droit français¹.

D'autre part, la loi chilienne a fixé, pour l'action en séparation de corps, un délai de prescription d'un an à compter du jour où l'époux a eu connaissance du fait sur lequel elle est fondée (L. M. C., art. 26). On a tranché ainsi une question discutée en France². Le C. Allemand (art. 1571) et le C. C. Suisse (art. 137 et 138) posent aussi dans certains cas, de courts délais de prescription.

Nous signalons finalement que, sous la loi chilienne, il y a des causes de séparation de corps qui empêchent la réconciliation légale des conjoints judiciairement séparés. Lorsque la séparation a été prononcée pour tentative du mari de prostituer sa femme ou pour corruption des enfants par l'un des époux, la réconciliation légale est défendue (L. M. C., art. 28). La raison qui a inspiré cette disposition est facile à comprendre, mais son efficacité est très incertaine.

110. Séparation de corps temporaire. — A côté de la séparation de corps perpétuelle, on connaît au Chili une séparation temporaire, empruntée au droit canonique et dont la durée doit être fixée par le juge suivant

1. Colin et Capitant, *op. cit.*, t. III, p. 180-181; — Baudry-Lacantinerie, *op. cit.*, t. III, n° 200; — Planiol, *op. cit.*, t. III, n° 1205.

2. Colin et Capitant, *op. cit.*, t. I, p. 212-213; — Baudry-Lacantinerie, *op. cit.*, t. I, n° 684; — Planiol, *op. cit.*, t. I, n° 1204; — Planiol, Ripert et Rouast, *op. cit.*, n° 533.

la gravité des causes invoquées et les circonstances du procès, sans qu'elle puisse dépasser cinq ans (L. M. C., art. 20 et 23).

Causes. — De même que pour la séparation perpétuelle, la loi a déterminé limitativement les causes pouvant la justifier; le consentement mutuel ne suffit pas. Les causes sont les suivantes : l'avarice du mari, s'il la pousse au point de priver la femme du nécessaire pour vivre, eu égard à ses ressources; le refus de la femme sans cause légale de suivre son mari; l'abandon du domicile commun ou la résistance à accomplir les obligations conjugales sans cause justifiée; l'absence sans juste cause, pendant plus de trois ans; les mauvais traitements de fait exercés sur les enfants, s'ils mettent leur vie en danger (L. M. C. art. 21, n° 5, 6, 7, 8 et 12). Comme on le voit, les causes justifiant la séparation temporaire de corps sont des « injures graves », qui, en France, pourraient donner lieu à la séparation perpétuelle.

Effets. — Les effets de la séparation temporaire sont très réduits. Quant à la suspension de la vie commune, la suppression de la présomption de légitimité des enfants conçus pendant sa durée et aux droits et devoirs envers les enfants communs, les conséquences de la séparation temporaire sont les mêmes que dans le cas de séparation perpétuelle (L. M. C. art. 19; C. Civ. art. 190, 223 et s.). Mais, en ce qui concerne les biens, la séparation temporaire ne produit pas d'effets : l'in-

capacité de la femme subsiste et la séparation des biens ne se produit pas.

111. Conclusions. — Pour terminer cet exposé d'ensemble sur la séparation de corps sous la loi chilienne, nous allons formuler quelques critiques :

1. L'énumération de causes de séparation de corps est trop minutieuse. Il serait préférable d'adopter, comme l'ont fait le C. Allemand (art. 1565-1569) et le C. C. Suisse (art. 137-142), des formules synthétiques, adaptables aux différentes situations qui peuvent se présenter;

2. Il conviendrait d'établir une seule catégorie de séparation de corps et d'autoriser le juge, à l'exemple du C. C. Suisse (art. 147), à la prononcer soit pour un temps indéterminé, soit pour un délai plus ou moins long selon les circonstances;

3. S'inspirant aussi du même Code, on pourrait envisager en plus de la séparation de corps, des mesures dites « protectrices de l'union conjugale » (art. 169-172)¹.

4. Finalement, le défaut de tentative de conciliation, dans la procédure de l'action est une lacune de la loi chilienne.

1. L. Comte, *Des mesures protectrices de l'union conjugale d'après les art. 169-172 du Code civil suisse*, Lausanne, 1923; — Rossel et Menth, *op. cit.*, n^{os} 423 et s.

CHAPITRE II

LA FILIATION

SECTION I

CLASSIFICATION

112. I. Filiation légitime. — Les arts. 35, 179, 202 et 215 du C. Ch. sont ainsi conçus :

Art. 35. — « On appelle *enfants légitimes*, ceux qui
« ont été conçus durant le mariage véritable ou putatif
« de leurs père et mère, produisant des effets civils et
« ceux qui ont été légitimés par le mariage de leurs
« parents postérieur à la conception. Tous les autres
« sont illégitimes. »

Art. 179. — « L'enfant conçu durant le mariage de
« ses père et mère est un *enfant légitime*.

« Il en est de même de l'enfant conçu en mariage
« putatif, tant que le dit mariage produit des effets
« civils, conformément à l'art. 122. »

Art. 202. — « Sont également *légitimes* les enfants
« conçus hors mariage et légitimés par le mariage con-
« tracté postérieurement par leurs père et mère, suivant
« les règles et sous les conditions ci-dessous énoncées. »

Art. 215. — « La désignation d'*enfants légitimes*
« même avec la qualification de *nés de légitime mariage*,
« sera réputée comprendre les enfants légitimes tant
« dans les lois et décrets que dans les actes testamen-
« taires et les contrats, à moins qu'il n'y soit fait excep-
« tion formelle et expresse des enfants légitimes. »

Nous devons remarquer, à propos de ces dispositions, que, si le C. Ch. a donné la qualification de *légitimes*, même aux enfants légitimes, il a fait clairement la distinction entre la catégorie des enfants légitimes proprement dits et celle des enfants légitimes par légitimation. D'après les termes de l'art. 35, un enfant conçu avant et né pendant le mariage appartient sans aucun doute à la deuxième catégorie. On a éliminé ainsi une question qui a donné lieu à une célèbre controverse en droit français¹.

113. II. Filiation illégitime. — En droit chilien il y a trois catégories d'enfants illégitimes :

1) Les enfants « *naturels* » sont ceux qui ont été reconnus par leur père ou par leur mère ou par tous deux dans un instrument public (art. 36, al. 2). Tandis qu'en droit français la filiation naturelle est celle qui n'est pas légitime, sous le C. Ch. l'expression « *naturel* »

1. A. Rouast, *La condition juridique de l'enfant conçu avant et né pendant le mariage*, *Revue trimestrielle de Droit civil*, 1927, p. 137 et s.; Aubry et Rau, *op. cit.*, t. IX, § 545, notes 9, 11 et 12, p. 36-39; Colin et Capitant, *op. cit.*, t. I, p. 269-270; Baudry-Lacantinerie, *op. cit.*, t. I, n° 790; Planiol, *op. cit.*, t. I, n° 1366; Planiol, Ripert et Rouast, *op. cit.*, n° 710; L. Jossérand, *op. cit.*, t. I, n° 1039.

s'applique à une seule catégorie d'enfants illégitimes.

2) Les enfants de « *liaison coupable* » (*de dañado ayuntamiento*) qui peuvent être adultérins, incestueux ou sacrilèges. Le C. Ch. a donné des définitions de ces trois espèces de filiation.

a) *Enfant adultérin*. — L'art. 37 s'exprime ainsi :
« Est adultérin l'enfant conçu en adultère, c'est-à-dire
« entre deux personnes dont l'une au moins, à l'époque
« de la conception, était mariée avec une autre personne,
« sauf dans les cas où ces dites personnes ont contracté
« un mariage putatif produisant à leur égard des effets
« civils ».

b) *Enfants incestueux*. — L'art. 38 dit : « Est incestueux pour les effets civils : 1° L'enfant conçu entre
« parents qui étaient l'un avec l'autre en ligne directe
« de consanguinité ou d'affinité; 2° L'enfant conçu
« entre parents dont l'un se trouvait avec l'autre au
« second degré collatéral de consanguinité ou d'affi-
« nité; 3° L'enfant conçu entre parents dont l'un était
« frère d'un ascendant de l'autre. — La consanguinité
« ou l'affinité dont il est parlé dans le présent article
« comprend la consanguinité et l'affinité légitimes et
« illégitimes. »

Comme nous l'avons déjà vu, depuis la loi sur le mariage civil, l'empêchement de parenté ne va pas plus loin qu'au deuxième degré dans la ligne collatérale. On pourrait donc soutenir que la loi en question a modifié l'art. 38 du Code civil, mais on n'est pas d'ac-

cord sur cette conclusion¹. Si on considère en vigueur la disposition du Code, on aboutit à un résultat curieux : des enfants qui auraient été légitimes, conçus pendant le mariage de leurs père et mère, seraient néanmoins incestueux s'ils avaient été conçus hors mariage. La question aurait pu offrir de l'intérêt, car les enfants incestueux ne peuvent être reconnus comme « naturels » (art. 270), mais nous verrons plus loin que, dans la pratique, la difficulté ne se présente pas (V. n° 121 et 125 a). Il faut retenir, toutefois, qu'il y a dans la loi un grave défaut d'harmonie².

c) *Enfants sacrilèges*. — L'art. 39 s'exprime ainsi : « Est sacrilège l'enfant conçu entre parents dont l'un « était clerc engagé dans les ordres majeurs, ou une « personne liée par un vœu solennel de chasteté dans « un ordre religieux, reconnu par l'Eglise catholique. »

On peut formuler au sujet des enfants sacrilèges une observation analogue à celle que nous venons de faire à propos des enfants incestueux, la loi sur le mariage civil n'ayant pas défendu aux prêtres ni aux religieux de se marier. (V. n°s 122 et 125-a).

3) *Enfants simplement illégitimes*. — On dénomme ainsi tous les enfants illégitimes qui n'appartiennent pas aux catégories précédentes (art. 36).

1. *Contra*, L. Claro, *op. cit.*, t. I, n° 267.

2. Le C. pénal qui a puni l'inceste comprend dans ce délit des degrés de parenté et d'alliance encore plus restreints que ceux de l'empêchement au mariage. D'après l'art. 364, le délit d'inceste peut avoir lieu seulement entre parents légitimes ou illégitimes en ligne directe ou dans le deuxième degré de la ligne collatérale et entre alliés légitimes en ligne directe.

114. III. Filiation adoptive. — Quoique la législation espagnole n'ignorât pas l'adoption, celle-ci était peu pratiquée¹; c'est pour cela que le C. Ch., ainsi que d'autres codes de l'Amérique Latine, ne l'ont pas réglementée.

C'est une lacune du C. Ch. d'avoir négligé une institution utile, connue de la plupart des législations du monde². Même dans des pays importants, qui ignoraient l'adoption ou qui l'avaient supprimée, on l'a introduite ou réincorporée dans la législation. Ainsi, au Brésil, où les anciennes lois portugaises ne parlaient pas de l'adoption, le C. civil l'a admise expressément (art. 368-378), en tenant compte de ce qu'elle présente un intérêt social en ce qu'elle développe chez les individus des sentiments altruistes et désintéressés, utiles au perfectionnement moral de la collectivité³. En Angleterre, l'adoption a été établie par l'*Adoption of Children Act*, 1926⁴. En Russie, où le Code Soviétique de la Famille de 1918 avait supprimé l'adoption, le Code de 1926 l'a rétablie (art. 57-67), mais avec des caractéristiques différentes de celles que présentait l'institution sous la législation impériale.

Il est intéressant de signaler que l'adoption envisagée par la loi anglaise et par le Code soviétique s'éloigne

1. E. Lehr, *Eléments de droit civil espagnol*, t. I, n° 181.

2. Ph. Secrétan, *L'adoption, conditions, effets, révocation. Etude de droit civil comparé*, Lausanne, 1914; P. Nisot, *La filiation adoptive en droit comparé*, Bruxelles, 1926.

3. C. Bevilacqua, *op. cit.*, t. II, art. 368, ob. 1.

4. A. Curti, *op. cit.*, p. 96-97.

un peu de celle que réglementent le C. F. et la plupart des législations. En Angleterre et dans la Russie Soviétique, l'adoption est prévue exclusivement en faveur des enfants mineurs, pour leur procurer un foyer et pour favoriser leur éducation; l'adopté n'a pas de droits successoraux¹.

SECTION II

LA FILIATION LEGITIME

§ I. Les enfants légitimes

115. I. Le mariage putatif. — En ce qui concerne le mariage putatif en relation avec la légitimité des enfants, nous renvoyons aux observations que nous avons déjà faites. (V. n° 105, Ob. 5).

116. II. La présomption de paternité. — A ce sujet nous devons faire plusieurs observations.

a) Les enfants nés dès le 181^e jour à partir de la célébration du mariage jusqu'au 300^e jour inclusivement après la dissolution ou la déclaration de nullité, sont réputés conçus durant le mariage et ont pour père le mari (art. 76, 180 et 185). La rédaction des articles respectifs exclut les difficultés sur la manière de calculer les délais qui se présentent en droit français².

1. J. Champcommunal, *op. cit.*, p. 88-90.

2. Aubry et Rau, *op. cit.*, t. IX, § 545, notes 5-7, p. 34 et s.; Colin et Capitant, *op. cit.*, t. I, p. 266; Baudry-Lacantinerie, *op. cit.*, t. I, n° 772; Planiol, *op. cit.*, t. I, n° 1378; Planiol, Ripert et Rouast, *op. cit.*, n° 734.

On pourrait critiquer le Code de n'avoir pas prévu le cas d'une femme ayant accouché d'un enfant après la dissolution ou la déclaration de nullité du mariage et ayant mis au monde un nouvel enfant avant les 300 jours à partir des dites dissolution ou déclaration de nullité. Il est évident que la présomption de légitimité ne couvre pas le deuxième enfant, mais le Code aurait été plus complet s'il avait envisagé cette hypothèse.

b) Par exception, les enfants conçus pendant la séparation de corps ne sont pas couverts par la présomption « *pater is est...* ». L'art. 190 dit : « L'enfant conçu « durant la séparation de corps temporaire ou perpétuelle des époux *n'a pas droit* à être reconnu comme « son enfant par le mari, à moins de prouver que le mari « l'a reconnu comme sien par des actes positifs, ou que, « durant la séparation de corps, il est survenu une « réconciliation privée entre les époux. » On le voit, cette disposition contient une solution contraire à celle du C. F. dont l'art. 313, même sous sa rédaction actuelle, n'écarte pas, en principe, la présomption de légitimité des enfants nés après la séparation de corps; seulement, par exception, dans le cas de légitimation des enfants par un autre mariage, la présomption ne s'applique pas.

La rédaction de l'art. 190 peut offrir une difficulté. La loi n'a pas dit que la présomption de paternité est exclue pour les enfants nés plus de 300 jours après la

séparation de corps, comme le déclarent le C. Espagnol (art. 108) et le C. Brésilien (art. 338-II); on a parlé en termes généraux de « *l'enfant conçu durant la séparation de corps...* » Or, comme la conception peut se placer entre le 181^e et le 300^e jour avant la naissance, on pourrait discuter si l'enfant né entre le 181^e et le 300^e jour après la séparation de corps est couvert par la présomption « *pater is est...* » Nous estimons que, dans l'esprit du législateur s'affirmait l'idée d'écarter la présomption de paternité seulement à l'égard des enfants nés plus de 300 jours après la séparation de corps, car il serait peu logique d'appliquer la présomption aux enfants nés dans les 300 jours après la dissolution du mariage et de l'écarter pour les enfants nés dans les 300 jours à partir de la simple séparation de corps. Quoi qu'il en soit, nous attirons l'attention sur la difficulté à laquelle peut donner lieu la rédaction de l'art. 190.

c) L'enfant né plus de 300 jours après la dissolution ou la déclaration de nullité du mariage est, sans aucun doute, illégitime par application de la présomption « *juris et de jure* » qui sert à déterminer la date de la conception (art. 76). Néanmoins, selon l'art. 185 — équivalent à l'art. 315 du C. F. — cet enfant n'est pas illégitime « *de plano* », comme il devrait l'être, vu surtout la solution adoptée pour le cas de séparation de corps par l'art. 190 que nous avons transcrit plus haut. « A la requête de toute personne intéressée, dit l'art. 185,

le juge déclarera l'illégitimité de l'enfant né plus de 300 jours après la dissolution du mariage ».

Le C. Ch. n'ayant pas employé l'expression « *pourra* » de l'art. 315 du C. F., il est certain que le juge devra toujours faire droit à la demande d'illégitimité d'un enfant né plus de 300 jours après la dissolution ou la déclaration de nullité du mariage.

La solution du C. Ch. — qui est d'ailleurs la même que celle admise en général par la doctrine française d'après l'art. 315 du C. F.¹ — mérite d'être critiquée. Bien que la science ne soit pas encore en état de démontrer avec une précision absolue la date de la conception, il y a des opinions très autorisées qui soutiennent que la durée de la grossesse peut se prolonger au delà de 300 jours; plusieurs auteurs admettent qu'elle peut aller même jusqu'à 334 jours². Avec une présomption irréfragable qui empêche de rapporter la date de la conception plus loin que 300 jours à compter de la naissance, on peut donc exclure la paternité du mari qui a été réellement le père d'un enfant né tardivement plus de 300 jours après la dissolution du mariage. D'autre part, un enfant né plusieurs années après la mort du mari sera réputé son fils tant que le juge ne déclare pas le contraire. Il faut reconnaître que ces solutions sont illogiques et antiscientifiques.

1. Aubry et Rau, *op. cit.*, t. IX, § 545, p. 45 et s.; Colin et Capitant, *op. cit.*, t. I, p. 271; Baudry-Lacantinerie, *op. cit.*, t. I, n° 808; Planiol, *op. cit.*, t. I, n° 1382; Planiol, Ripert et Rouast, *op. cit.*, n° 733; L. Josserand, *op. cit.*, t. I, n° 1040.

2. E. Curti-Forrer, *op. cit.*, art. 252, note 11,

Le C. Allemand et le C. C. Suisse ont adopté un système beaucoup plus acceptable.

Le C. Allemand, dans son art. 1592, dit : « Est réputé temps de la conception, le temps écoulé du cent quatre-vingt-unième au trois cent deuxième jour avant le jour de la naissance de l'enfant y compris aussi bien le cent quatre-vingt-unième que le trois cent deuxième jour. S'il est établi que l'enfant a été conçu à une époque qui remonte à plus de trois cents deux jours avant le jour de sa naissance, cette époque est réputée temps de la conception en faveur de la légitimité de l'enfant ».

Le C. C. Suisse, dans son art. 252, s'exprime ainsi : « L'enfant né pendant le mariage ou dans les trois cents jours après la dissolution du mariage a pour père le mari. L'enfant né après les trois cents jours n'est pas présumé légitime ». — « La preuve de la légitimité, dit M. Curti-Forrer¹, pourra être faite de toutes les manières possibles, si elles sont de nature à établir une persuasion juridique. Elle pourra en particulier résulter d'expertises médicales, concluant à une naissance retardée jusqu'au 301^e jour, etc., après la conception ».

La solution adoptée par ces dernières législations est logique et scientifique. L'enfant né après l'expiration des délais légaux de la conception, à compter de la dissolution du mariage, *n'est pas présumé légitime*, mais *on peut prouver* qu'il est légitime,

1. *Op. cit.*, art. 252, note 10.

d) Le C. Ch. a édicté une règle, que nous avons déjà indiquée (V. n° 98) et qu'on ne trouve pas dans le C. F., pour résoudre les conflits de paternités dans les cas de remariage prématuré de la femme (art. 200). Pour les autres cas de conflits de paternités, le C. Ch. n'a pas donné de solutions spéciales¹.

e) Les art. 191-199 du C. Ch. prévoient des mesures, qui ne sont pas contenues dans le C. F., destinées à empêcher la simulation d'accouchements dans les cas de séparation de corps ou de dissolution du mariage.

117. III. Le désaveu. — Causes. — a) En ce qui concerne l'impossibilité physique de cohabitation, l'art. 180 al. 2 du C. Ch. autorise le mari à ne pas reconnaître l'enfant né après cent quatre-vingt jours à partir de la célébration du mariage « s'il prouve que, durant tout le temps pendant lequel, suivant l'art. 76, la conception pourrait être présumée, il se trouvait dans l'impossibilité physique absolue de cohabiter avec la femme ».

Les termes de cette disposition sont beaucoup plus larges que ceux de l'art. 312 du C. F., qui parle d'« éloignement » et d'« accident » et ils n'excluent pas l'impuissance qui a été admise expressément par le C. Brésilien (art. 342) et rejetée, au contraire, par l'art. 313 du C. F.

b) Quant à l'impossibilité morale, l'art. 181 du C. Ch.

1. Colin et Capitant, *op. cit.*, t. I, p. 271-272; Planiol, Ripert et Rouast *op. cit.*, n° 776 et s.; L. Josserand, *op. cit.*, t. I, n° 1042.

s'exprime ainsi : « L'adultère de la femme, même com-
« mis durant l'époque où la conception a pu avoir lieu,
« n'autorise pas, à lui seul, le mari à ne pas reconnaître
« l'enfant comme sien. Toutefois, si l'adultère est prouvé
« à cette époque, sera recevable la preuve de tous autres
« faits quelconques tendant à démontrer que le mari
« n'est pas le père. »

L'art. 313 du C. F. exige la concurrence de trois pré-
sompptions : l'adultère, le recel de la naissance et d'autres
faits propres à justifier que le mari n'est pas le père,
mais la doctrine et la jurisprudence n'exigent pas qu'on
commence par établir l'adultère ni même que celui-ci
soit directement prouvé¹. Le C. Ch., au contraire, exige
clairement la preuve préalable de l'adultère et il n'édicte
pas comme obligatoire la preuve du recel de la nais-
sance; il suffit, en plus de l'adultère, de la preuve de
« faits quelconques tendant à démontrer que le mari
n'est pas le père ».

Les Codes récents envisagent les causes de désaveu
d'une façon plus large. Dans l'art. 1591, al. 1, du C. Alle-
mand on lit : « L'enfant n'est pas légitime lorsqu'il est
manifestement impossible, d'après les circonstances,
que la femme l'ait conçu des œuvres de son mari »
et l'art. 254 du C. C. Suisse dit : « Le mari ne peut désa-

1. Aubry et Rau, *op. cit.*, t. IX, § 545, p. 53 et s.; Colin et Capitant, *op. cit.*, t. I, p. 275-276; Baudry-Lacantinerie, *op. cit.*, t. I, n° 782; Planiol, *op. cit.*, t. I, n° 1435; Planiol, Ripert et Rouast, *op. cit.*, n° 805; L. Josserand, *op. cit.*, t. I, n° 1052.

vouer l'enfant né cent quatre vingts jours après le mariage que s'il établit qu'il ne saurait être le père ».

118. Personnes qui peuvent agir en désaveu. — a) Le C. Ch. a prévu le cas de l'absent, qui n'a pas été envisagé par le C. F.¹. L'action en désaveu peut être intentée par les héritiers présomptifs et le délai de prescription court à partir du décret d'envoi en possession provisoire (art. 186, al. 3).

b) L'action en désaveu a été accordée aux ascendants légitimes du mari dans les même cas où peuvent agir les héritiers, même s'ils n'ont pas un intérêt actuel (art. 187).

c) Le C. Ch. n'a pas résolu la question de savoir si, dans le cas d'un incapable, l'action en désaveu peut être intentée en son nom par son représentant légal. De même qu'en droit français², le point reste donc discutable.

Le C. Allemand a donné une solution expresse dans l'art. 1595, ainsi conçu : « La légitimité ne peut être contestée par un représentant. Le mari dont la capacité est restreinte pour l'exercice de ses droits n'a pas besoin de l'assentiment de son représentant légal. Quant au mari incapable d'exercer ses droits, son représentant légal peut contester la légitimité avec l'approbation

1. Planiol, Ripert et Rouast, *op. cit.*, n° 788.

2. Aubry et Rau, *op. cit.*, t. IX, § 545 *bis*, note 6; Colin et Capitant, *op. cit.*, t. I, p. 332-333; Baudry-Lacantinerie, *op. cit.*, t. I, n° 794; Planiol, Ripert et Rouast, *op. cit.*, n° 786; L. Josserand, *op. cit.*, t. I, n° 1060.

du Tribunal des tutelles. Si le représentant légal n'a pas contesté la légitimité en temps voulu, le mari peut, lorsqu'il a cessé d'être incapable, d'exercer ses droits, contester lui-même la légitimité, tout comme s'il n'avait pas eu de représentant légal ».

Dans le texte réformé du C. Autrichien on a donné aussi une solution expresse dans l'art. 158, mais la disposition se réfère seulement au cas du mari devenu fou.

§ II. Les enfants légitimés

119. I. Mariage subséquent. — Le droit chilien ne connaît pas une autre espèce de légitimation que celle qui s'opère par le mariage subséquent du père et de la mère de l'enfant, forme de légitimation admise, d'ailleurs, uniformément par les législations et même par le droit anglais depuis la *Legitimacy Act*, 1926¹. Pour que le mariage puisse produire la légitimation, il faut qu'il soit valable, le mariage putatif ne suffit pas à légitimer les enfants nés antérieurement (art. 203). Nous avons critiqué déjà cette solution, qui n'est pas en harmonie avec le droit étranger (V. n° 105, ob. 5).

Il y a des législations qui admettent dans certains cas la légitimation sans mariage. Le C. Autrichien (art. 162), le C. Italien (art. 194, 198 et s.), et le C. Espagnol (art. 120, 125 et s.) acceptent la légitimation par décret royal, à l'instar de la légitimation romaine « per res-

1. A. Curti, *op. cit.*, p. 94, III.

criptum principis ». Le C. Allemand prévoit la déclaration de légitimité par rescrit de la puissance publique (art. 1723-1740). Le C. C. Suisse admet la légitimation judiciaire des enfants des fiancés qui n'ont pu se marier par suite du décès de l'un d'eux ou de la perte de la capacité requise pour contracter mariage (art. 260-261)¹. Nous attirons l'attention sur l'avantage qu'il y aurait à faire place dans la loi à la légitimation sans mariage, qui est l'un des moyens employés par les législateurs pour améliorer dans la mesure du possible la situation des enfants, toujours innocents de la faute de leurs parents.

120. II. Enfants pouvant être légitimés. — a) *Les enfants adultérins.* — Le C. Ch. contient, au sujet des enfants adultérins, une prohibition qui fut adoptée d'après les solutions indiquées par Pothier (*Traité du Mariage*, nos 416 et 417). La disposition est ainsi rédigée :

Art. 205 — « Les enfants conçus en adultère ne peuvent être légitimés par le mariage postérieur de leurs père et mère, encore que l'un d'eux, à l'époque de la conception, ait ignoré le mariage de l'autre.

« Il en sera de même, encore que celui des père et mère

1. R. de Ruggiero, *op. cit.*, t. I, p. 356-357 et t. II, p. 652-655; C. Valverde, *op. cit.*, t. IV, p. 467 et s.; M. Halewyck, *La recherche de la paternité et la condition des enfants naturels en Allemagne*, Bruxelles, 1906, p. 163 et s.; C. Bufnoir, etc., *op. cit.*, t. III, notes aux articles cités dans le texte; Rossel et Mentha, *op. cit.*, t. I, n° 603-604.

« qui était marié à l'époque de la conception, ait cru
« alors, de bonne foi et avec une juste cause d'erreur,
« que le mariage antérieur ne subsistait pas. »

D'autre part, nous savons déjà que la femme ne peut contracter mariage avec son complice dans le délit d'adultère, de sorte que la prohibition de l'art. 205 se double d'une impossibilité dans le cas où il existe un empêchement au mariage dérivé de la condamnation de la femme et de son complice pour délit d'adultère.

La prohibition de légitimer les enfants adultérins produit au Chili des effets regrettables, attendu surtout que le divorce n'est pas admis et que, d'après l'art. 37 du C. Ch., les enfants issus de relations illicites avec une personne mariée, même séparée de corps, sont adultérins et, en conséquence, ne peuvent être légitimés par le mariage que leurs parents pourraient contracter plus tard. Ainsi, les enfants qu'un homme marié, même séparé de corps, a eus avec une femme célibataire, ne pourront être légitimés, quoique le père, après la mort de son épouse, ait contracté mariage avec la mère. De même, des enfants adultérins du côté de la mère, ne seront pas légitimés par le mariage que celle-ci, après la mort de son mari, aurait pu valablement contracter, dans certains cas, avec le père des dits enfants. Voilà des solutions injustes : on permet aux parents qui ont commis l'adultère de régulariser leur situation en contractant mariage et on laisse se perpétuer sur les enfants les effets d'une faute qu'ils n'ont pas commis.

La prohibition de légitimer les enfants adultérins existe aussi dans le C. Italien (art. 180 et 195), dans le C. Espagnol (art. 119) et dans plusieurs Codes de l'Amérique Latine. Par contre, il y a des législations où la solution est différente.

En droit français, le texte primitif de l'art. 331 du Code civil excluait formellement du bénéfice de la légitimation les enfants adultérins; en outre, l'art. 298 admettait l'empêchement au mariage pour cause d'adultère dans le cas de divorce. Il en est autrement aujourd'hui : la loi du 15 décembre 1904 a permis le mariage entre le conjoint divorcé pour adultère et son complice, puis les lois du 7 novembre 1907, du 30 décembre 1915 et du 25 avril 1924 ont atténué considérablement la prohibition directe de légitimer les enfants adultérins qu'édicte l'art. 331 dans sa rédaction primitive. D'après le texte actuel de cet article, les enfants adultérins peuvent être légitimés dans les cas suivants : 1) Les enfants nés du commerce adultérin de la mère, lorsqu'ils sont désavoués par le mari ou ses héritiers; 2) Les enfants nés du commerce adultérin du père ou de la mère, lorsqu'ils sont réputés conçus à une époque où le père ou la mère avait un domicile distinct en vertu de l'ordonnance rendue conformément à l'art. 878 du Code de procédure civile et antérieurement à un désistement de l'instance, au rejet de la demande ou à une réconciliation judiciairement constatée; toutefois, la reconnaissance et la légitimation pourront être annulées si l'enfant

a la possession d'état d'enfant légitime; 3) Les enfants nés du commerce adultérin du mari, dans tous les autres cas, s'il n'existe pas d'enfants ou de descendants légitimes issus du mariage au cours duquel l'enfant adultérin a été conçu.

La légitimation des enfants adultérins est donc admise en France dans les hypothèses où une « confusion de part » n'est pas à craindre et dans les cas où la légitimation des enfants adultérins du côté du père n'aboutirait pas à imposer aux enfants légitimes de celui-ci, des frères et des sœurs, également légitimes, et dont cependant la date de la naissance, qui pourrait être simultanée avec celle de la naissance des enfants du mariage, attesterait la filiation irrégulière¹.

D'autres législations vont encore plus loin. Le C. Autrichien, dont l'art. 67 déclare nul le mariage entre deux personnes qui ont commis ensemble un adultère, pourvu que celui-ci soit prouvé avant la célébration, ne contient pas de prohibition de légitimer les enfants adultérins. Dans le cas où le mariage est possible, les enfants adultérins peuvent donc être légitimés (art. 161).

Le C. Allemand n'a pas établi de distinctions entre les enfants naturels suivant la gravité des faits illicites qui ont présidé à leur naissance; l'enfant adultérin sera donc légitimé si ses parents, rendus à la liberté par

1. Colin et Capitant, *op. cit.*, t. I, p., 308-314; Baudry-Lacantinerie, *op. cit.*, t. I, n° 844 et 846-862; Planiol, *op. cit.*, t. I, n° 1553 et s.; Planiol, Ripert et Rouast, *op. cit.*, n° 981 et s.; L. Josserand, *op. cit.*, t. I, n° 1286 et s.

un divorce ou un décès, se sont unis en mariage. Nous rappelons, toutefois, que l'art. 1312 du C. Allemand défend le mariage entre l'époux divorcé pour adultère et celui avec qui il a commis l'adultère, lorsque cet adultère est constaté dans le jugement de divorce; néanmoins on peut octroyer une dispense même postérieurement au mariage (art. 1328, al. 2). En conséquence, la légitimation n'est pas possible dans le cas où existe l'empêchement d'adultère; mais, même dans cette hypothèse, si le mariage a été célébré en fait, en dépit de l'empêchement, la légitimation des enfants aura lieu, sauf si les deux époux ont connu la nullité du mariage qu'ils contractaient (art. 1721 et 1699)¹.

Le C. Brésilien, qui prévoit l'empêchement au mariage de l'époux adultère avec son complice *condamné* comme tel (art. 183-VII), ne contient pas non plus une prohibition directe de légitimer les enfants adultérins. De même qu'en droit allemand, ces enfants peuvent être légitimés par le mariage valable ou putatif de leurs parents (art. 353)².

Finalement, le C. C. Suisse, qui ne contient aucune défense de mariage pour les personnes qui ont commis ensemble un adultère, ne prohibe pas non plus, la légitimation des enfants adultérins³.

1. M. Halewyck, *op. cit.*, p. 154; C. Bufnoir, etc., *op. cit.*, t. III, art. 1719, note (1).

2. C. Bevilaqua, *op. cit.*, t. II, art. 353, ob. 2 et 4 et art. 221, ob. 2.

3. E. Curti-Forrer, *op. cit.*, art. 304, note 6; Rossel et Mentha, *op. cit.*, t. I, n° 601.

En conséquence, nous pouvons affirmer que la solution du C. Ch., au sujet de la légitimation des enfants adultérins, n'est pas en harmonie avec la tendance des législations modernes, qui est dans le sens d'admettre la légitimation des dits enfants.

121. b) Les enfants incestueux. — Pour les enfants incestueux, le C. Ch. ne contient pas de disposition analogue à celle du texte primitif de l'art. 331 du C. F. qui défendait leur légitimation. Il est donc permis d'adopter pour eux la solution plus favorable.

Nous avons eu l'occasion de dire (v. n° 113-2-b) que la législation chilienne présente au sujet de l'inceste un défaut d'harmonie : les degrés de parenté et alliance fixés par le C. Pénal dans le délit d'inceste étant plus restreints que ceux de l'empêchement au mariage et ceux-ci, à leur tour, plus restreints encore que ceux qui déterminent la filiation incestueuse. Un oncle et une nièce, une tante et son neveu ne peuvent commettre entre eux le délit d'inceste et ils peuvent se marier sans avoir besoin de dispense, mais leurs enfants conçus hors mariage sont incestueux.

On pourrait soutenir que la loi sur le mariage civil a tacitement abrogé en partie l'art. 35 du Code civil, mais il est facile de répondre qu'il n'y a pas de raison pour prétendre que, depuis la loi en question, doivent coïncider nécessairement les degrés de parenté et d'alliance engendrant des empêchements au mariage avec

ceux qui déterminent la filiation incestueuse puisque, avant la dite loi, ils ne coïncidaient pas non plus. Quoiqu'il en soit, il n'est pas besoin de faire valoir la dérogation tacite de l'art. 38 pour arriver à une solution favorable à la légitimation : il suffit de dire que le Code n'a pas défendu de légitimer les enfants incestueux.

La question peut offrir une difficulté dans le cas de légitimation des enfants déjà nés au moment du mariage. En effet, dans cette hypothèse, la légitimation implique la reconnaissance et l'art. 270 du C. Ch. interdit formellement de reconnaître comme enfants naturels les incestueux. Néanmoins, la difficulté est plus théorique que réelle, car, pour le cas de reconnaissance faite en vue de la légitimation (art. 208), le Code n'a pas prévu la contestation en raison d'inceste (art. 217) et pour contester la simple reconnaissance d'un enfant naturel incestueux, le Code exige la preuve de la condamnation pour délit d'inceste (art. 275-4° et 964); ce qui ne sera jamais possible puisque, entre parents au troisième degré de la ligne collatérale, l'inceste n'est pas puni (C. Pénal, art. 364).

En résumé, le lien de parenté entre le père et la mère de l'enfant, en pratique, ne met obstacle à sa légitimation que dans le cas où il constitue un empêchement au mariage. Il conviendrait, en tout cas, de modifier les textes de façon à pouvoir dégager directement la solution indiquée.

Nous rappelons qu'une difficulté analogue à celle

que nous venons d'exposer se présentait autrefois en droit français¹. L'art. 331 du Code F., dans sa rédaction primitive, ayant exclu de la légitimation les enfants incestueux, on discutait si la légitimation était possible à l'égard des enfants nés de parents entre lesquels le mariage était prohibé en principe, mais pouvait être célébré moyennant des dispenses. La jurisprudence s'était prononcée en faveur de la légitimation des dits enfants, solution qui ne fait plus de doute depuis la loi du 7 novembre 1907, qui a effacé du texte de l'art. 331 les enfants adultérins.

122. c) Les enfants sacrilèges. — Nous avons déjà remarqué qu'un défaut d'harmonie analogue à celui que nous avons relevé au sujet des enfants incestueux, existe aussi dans la législation chilienne à propos des enfants sacrilèges.

L'art. 103 du C. Ch. prohibait le mariage aux personnes engagées dans les ordres majeurs ou liées par un vœu solennel de chasteté dans un ordre religieux reconnu par l'Eglise catholique, prohibition qui était sanctionnée par une peine (C. Pénal, art. 382). De son côté, l'art. 39 qualifiait de sacrilèges les enfants des dites personnes, conçus hors mariage. En 1884 survint la loi sur le mariage civil, qui ne mentionne pas les

1. Colin et Capitant, *op. cit.*, t. I, p. 307-308; Baudry-Lacantinerie, *op. cit.*, t. I, n° 844-845; Planiol, *op. cit.*, t. I, n° 1552-1553; Planiol, Ripert et Rouast, *op. cit.*, n° 979-980; L. Jossérand, *op. cit.*, t. I, n° 1283-1285.

personnes dont il s'agit parmi celles qui ne peuvent contracter mariage, ce qui doit être considéré comme une dérogation tacite à la disposition du C. Pénal. Ces personnes peuvent donc se marier valablement et avoir des enfants légitimes.

Il reste un doute en ce qui concerne la situation des enfants de prêtres ou religieux conçus hors mariage. Ces enfants sont-ils sacrilèges aujourd'hui ? Nous estimons qu'on peut soutenir ici, avec plus de fondement encore que dans le cas des enfants incestueux, que la loi sur le mariage civil a abrogé l'art. 39 du C. civil, puisque, avant cette loi, l'empêchement au mariage coïncidait avec les conditions requises chez le père ou la mère pour qualifier l'enfant de sacrilège. On peut donc dire qu'en supprimant l'empêchement au mariage on a supprimé en même temps la catégorie des enfants sacrilèges, conclusion qui s'impose avec plus de force depuis la réforme constitutionnelle de 1925, qui a séparé l'Eglise catholique de l'Etat. Mais, même en acceptant que la disposition de l'art. 39 soit encore en vigueur, on pourrait conclure à la validité de la légitimation des enfants sacrilèges à l'aide d'un raisonnement analogue à celui qui nous a servi pour donner une solution favorable à la légitimation au sujet des enfants incestueux. Quoiqu'il en soit, il vaudrait mieux éliminer les doutes en effaçant du Code la catégorie des enfants sacrilèges.

123. III. Formes de la légitimation. — a) Le mariage légitime *ipso jure* les enfants conçus avant et nés après la célébration du mariage (art. 206, al. 1).

Au sujet du désaveu, le C. Ch. contient une disposition ainsi conçue : « Le mari, cependant, pourra con-
« tester la légitimité de l'enfant né avant l'expiration
« des cent quatre vingts jours qui suivent le mariage,
« s'il prouve qu'il était dans l'impossibilité absolue de
« fréquenter la mère pendant tout le temps où l'on peut,
« suivant les règles légales, présumer que la conception
« a eu lieu. — Il pourra, même sans rapporter cette
« preuve, contester la légitimité de l'enfant, s'il n'a pas
« eu connaissance de la grossesse à l'époque du mariage,
« ou s'il n'a pas manifesté par des actes positifs qu'il
« reconnaissait l'enfant après la naissance. — Pour que
« la contestation du mari soit valable, il sera nécessaire
« qu'elle soit faite dans la forme et dans le délai indi-
« qués dans le titre précédent » (art. 206, al. 2 et s.).

D'après ce texte, le mari, même s'il a eu connaissance de la grossesse avant le mariage, peut désavouer l'enfant en faisant la preuve de l'impossibilité physique de cohabitation. On a donc éliminé une difficulté qui se présente en droit français¹. Par contre, la rédaction de l'al. 3 de l'art. 206 n'est pas suffisamment claire. Si le législateur a voulu accepter le désaveu par simple déclaration, comme cela est prévu par l'art. 314 du

¹ 1. Aubry et Rau, *op. cit.*, t. IX, § 545, note 26; Colin et Capitant, *op. cit.*, t. I, p. 277-278; Planiol, Ripert et Rouast, *op. cit.*, n° 807.

du C. F. — et cette opinion est celle de juristes autorisés¹ — il faut reconnaître que la rédaction est défectueuse, car, des termes de l'alinéa en question, se dégage cette conclusion que le désaveu du mari doit être toujours motivé.

b) Le mariage légitime aussi *ipso jure* les enfants antérieurement reconnus comme « naturels » par leurs père et mère (art. 207). Il est exigé, en conséquence, une reconnaissance volontaire et solennelle (art. 36, al. 2 et 270).

c) Sauf dans les deux cas mentionnés, la légitimation ne se produit pas « *ipso jure* ». Pour qu'elle ait lieu, il faut que le père et la mère désignent les enfants auxquels ils confèrent la légitimation dans l'acte du mariage ou dans un instrument public qui doit être dressé à la date de la célébration du mariage, ou, en cas d'empêchement grave, dans les trente jours suivants, à peine de nullité (C. civil, art. 208; C. de proc. civ., art. 1005).

L'acte de légitimation doit être notifié à l'enfant, qui a le droit d'accepter ou de répudier la légitimation (art. 209 et s.); la plupart des législations n'ont pas édicté ces formalités. Le C. Allemand (art. 1726) et le C. C. Suisse (art. 260, al. 2) n'exigent l'acceptation de l'enfant majeur que dans les cas de légitimation sans mariage.

En dehors des cas exposés, la loi chilienne n'accepte

1. C. Fabres, *op. cit.*, t. I, note 31; L. Claro, *op. cit.*, t. II, n° 1236 et s.. *Contra*, J. Chacon, *op. cit.*, t. I, p. 181-182.

pas la légitimation. Les enfants nés avant le mariage, dont la filiation paternelle et maternelle n'a pas été volontairement et solennellement établie avant l'expiration du délai de trente jours à partir de la date de la célébration du mariage, sont privés du bénéfice de la légitimation. Voici encore des solutions critiquables : la légitimation des enfants dépend de la volonté des parents, de leur connaissance de la loi et de leur diligence pour accomplir les conditions exigées pour la légitimation. Si la filiation de l'enfant a été ou est susceptible d'être judiciairement établie, mais que les parents ne veulent pas reconnaître l'enfant ; si, par ignorance de la loi, les parents ont cru que la légitimation avait lieu de plein droit, ou si, tout en connaissant la loi, ils ont négligé d'accomplir les formalités requises dans les délais fixés, dans tous ces cas, l'enfant, qui aurait dû être légitimé, sera privé cependant du bénéfice de la légitimation.

L'examen du droit étranger montre aussi que le système chilien n'est pas d'accord avec les solutions admises par les plus importantes législations.

En droit français, on exigeait, d'après l'ancien art. 331, la reconnaissance de la filiation avant le mariage ou dans l'acte même de célébration. Depuis les lois du 30 décembre 1915 et du 25 avril 1924, on admet la légitimation *post nuptias*, mais, dans ce cas, pour éviter les supercheries, on exige un jugement de légitimation « rendu en audience publique après enquête et débat en chambre du conseil, lequel jugement devra

constater que l'enfant a eu, depuis la célébration du mariage, la possession d'état d'enfant commun » (art. 331, al. 6). D'autre part, quoique le C. F. ne prévoit que la reconnaissance, on est d'accord pour décider que la déclaration judiciaire de la filiation doit être tenue pour équivalente¹.

Dans le C. Italien, l'art. 197 envisage la légitimation par reconnaissance postérieure au mariage, sans fixer aucun délai ni exiger de formalités spéciales et l'art. 192 dit que le jugement qui déclare la filiation naturelle produit les effets de la reconnaissance². Analogue est le système du C. Espagnol³.

Le C. Autrichien (art. 161) n'a prévu aucune formalité pour la légitimation par mariage subséquent. Il en est de même en droit allemand : la légitimation s'opère de plein droit, que les époux la veuillent ou non, que l'enfant l'accepte ou s'y oppose. La filiation peut être établie, avant ou après le mariage, par les moyens reconnus par la loi pour prouver la filiation illégitime. Au sujet de la filiation paternelle, l'art. 1720 dit : « Le mari de la mère est réputé père de l'enfant, lorsqu'il a cohabité avec elle pendant le temps de la conception fixé à l'art. 1717 al. 2, à moins que, d'après les circonstances, il ne soit manifestement impossible que la mère

1. Aubry et Rau, *op. cit.*, t. IX, § 545, p. 83-84; Baudry-Lacantinerie, *op. cit.*, t. I, n° 865; Planiol, *op. cit.*, t. I, n° 1560; Planiol, Ripert et Rouast, *op. cit.*, n° 941; L. Jossierand, *op. cit.*, t. I, n° 1273.

2. R. de Ruggiero, *op. cit.*, t. I, p. 356-357 et t. II, p. 652-655.

3. C. Valverde, *op. cit.*, t. IV, p. 466.

ait conçu l'enfant des œuvres de celui avec qui elle a cohabité. Le mari qui reconnaît sa paternité, après la naissance de l'enfant, dans un document public, est présumé avoir cohabité avec la mère pendant le temps de la conception ». L'*exceptio plurium*, que le père peut opposer dans les cas ordinaires de recherche de la paternité illégitime (art. 1717), ne peut donc être alléguée lorsqu'on discute la filiation d'un enfant qui aurait été légitimé par le mariage du père présumé avec la mère¹.

Le C. C. Suisse ne prévoit pas non plus de délais ni de formes spéciales pour l'établissement de la filiation. La légitimation des enfants nés hors mariage a lieu de plein droit au moment du mariage, même contre la volonté des parents (art. 258). L'art. 259 dit que « les père et mère sont tenus de déclarer à l'officier de l'état civil de leur domicile ou du lieu de la célébration les enfants qu'ils ont eus ensemble avant le mariage; cette déclaration se fait lors de la célébration ou immédiatement après », mais l'article ajoute, « les enfants sont légitimés, *même sans déclaration*² ».

Le C. Brésilien a suivi le système du C. Allemand et du C. C. Suisse et n'a pas exigé pour la légitimation d'autres conditions que la célébration du mariage des parents et le fait de la filiation (art. 353).

1. M. Halewyck, *op. cit.*, p. 154 et s.; C. Bufnoir, etc., *op. cit.*, t. III, notes aux art. 1719 et 1720.

2. E. Curti-Forrer, *op. cit.*, notes aux art. 258 et 259; Rossel et Mentha, *op. cit.*, t. I, n° 601-602.

124. IV. Conclusions. — Les observations que nous avons faites au cours de notre exposé sur la légitimation des enfants, nous permettent de dégager quelques conclusions :

1) Il conviendrait d'introduire la légitimation par décision judiciaire ou administrative dans le cas de décès des parents ou de l'un d'eux, ou s'il est survenu une incapacité pour le mariage.

2) On devrait accepter la légitimation des enfants adultérins dans tous les cas où le mariage de leurs parents est permis et au moins dans la mesure prévue par le texte actuel de l'art. 331 du C. F.

3) Il faudrait supprimer le défaut d'harmonie qui existe dans les dispositions légales relatives aux enfants incestueux, de telle sorte que les enfants de cette catégorie soient seulement ceux qui sont issus de parents dont le lien de parenté ou d'alliance existant entre eux empêche leur mariage.

4) En ce qui concerne la légitimation des enfants dits sacrilèges, on devrait écarter tous les doutes, en éliminant du Code cette catégorie d'enfants illégitimes, dont l'existence n'est pas justifiée depuis la loi sur le mariage civil, qui ne contient aucun empêchement au mariage des prêtres et des religieux.

5) Il conviendrait de supprimer les formalités de la légitimation. Pour légitimer les enfants par mariage subséquent, il devrait suffire de la célébration de celui-ci et de l'établissement de la filiation, soit volontairement,

soit judiciairement, avant ou après le mariage. Si on craint les supercheries, les adoptions déguisées, on pourrait exiger des formalités spéciales pour la légitimation *post nuptias*, s'inspirant de l'art. 331, al. 6 du C. F.

SECTION III

LA FILIATION ILLEGITIME

§ I. Les enfants « naturels »

125. Nous avons vu (n° 113-1) que, dans le C. Ch., l'expression enfants « *naturels* » n'est pas employée dans le sens générique d'enfant qui n'est pas légitime, elle s'applique seulement aux enfants illégitimes qui ont été l'objet d'une reconnaissance volontaire et solennelle. L'avantage principal qu'entraîne la qualité d'enfant « *naturel* » est de conférer des droits successoraux. Les enfants « *naturels* » sont, en effet, les uniques enfants illégitimes appelés à la succession *ab intestat* du père ou de la mère qui les ont reconnus. Ses droits successoraux sont d'ailleurs restreints. L'enfant « *naturel* » est un héritier réservataire (art. 1182-3°), mais, en face de descendants légitimes, il est exclu pour le tout (art. 988). Néanmoins, le père ou la mère peuvent faire aux enfants illégitimes de toute catégorie des libéralités ne dépassant pas la quotité disponible.

Au sujet des dispositions du C. Ch. relatives à la

reconnaissance des enfants « naturels », nous ferons quelques observations :

a) Les enfants illégitimes, n'étant pas adultérins, incestueux ou sacrilèges, peuvent être reconnus comme « naturels » (art. 270). Nous estimons que, de même qu'en droit français¹, la reconnaissance des enfants appartenant à ces catégories exceptées est possible pourvu qu'on ne dévoile pas la qualité viciée de la filiation. Le C. Espagnol contient une disposition expresse à ce sujet, quoique susceptible de difficultés². D'après l'art. 130, dans le cas où la reconnaissance est faite par un seul des parents, elle est réputée valable, si celui qui a reconnu l'enfant avait la capacité légale pour contracter mariage au temps de la conception.

Nous avons déjà montré le défaut d'harmonie que présente la législation chilienne au sujet des enfants incestueux et sacrilèges³. Nous ajouterons seulement qu'à supposer que soient encore en vigueur les dispositions du C. Ch. sur les enfants sacrilèges, en pratique, ils peuvent être reconnus parce que le C. pénal n'a pas puni les relations illicites avec des prêtres ou des religieux et que le Code civil exige, pour pouvoir contester la reconnaissance tant des enfants incestueux que des

1. Aubry et Rau, *op. cit.*, t. IX, § 572, p. 319 et s.; Colin et Capitant, *op. cit.*, t. I, p. 291; Baudry-Lacantinerie, *op. cit.*, t. I, n° 890; Planiol, *op. cit.*, t. I, n° 1484; Planiol, Ripert et Rouast, *op. cit.*, n° 969-970; L. Josserand, *op. cit.*, t. I, n° 1195.

2. C. Valverde, *op. cit.*, t. IV, p. 439-440.

3. V. nos 121 et 122.

enfants sacrilèges, la preuve de la condamnation pour le délit respectif (art. 275-4°).

b) La reconnaissance doit être faite par acte authentique entre vifs ou par acte testamentaire et avec l'*intention* de donner à l'enfant la qualité de « *naturel* » (art. 272 et 1169). Cette dernière condition, qui n'est pas exigée par le C. F., a donné lieu à des difficultés dans la pratique¹. L'art. 271 ajoute encore : « La reconnaissance est un acte *libre et volontaire* du père ou de la mère qui reconnaît l'enfant ». De ces dispositions il faut dégager que la reconnaissance d'un enfant « naturel » n'est pas un acte simplement déclaratif, mais qu'il est aussi attributif d'état, d'où la conséquence certaine que la reconnaissance peut être attaquée pour vices du consentement. Cette conclusion est difficilement admissible pour ceux qui voient dans la reconnaissance un simple aveu².

c) A la différence du C. F., le C. Ch. exige la notification et l'acceptation de la reconnaissance de même que dans le cas de légitimation (art. 273). Cette formalité, qu'on ne trouve que par exception dans les législations, est exigée entre autres, par la loi portugaise (art. 28-29), par le C. Espagnol (art. 133) et par le C. Brésilien (art. 362).

d) Le C. Ch. n'a pas adopté la rédaction de l'art. 336

1. L. Claro, *op. cit.*, t. II, n° 1307.

2. Colin et Capitant, *op. cit.*, t. I, p. 288; Planiol, Ripert et Rouast, *op. cit.*, n° 824.

du C. F. Même dans le cas où le père aurait indiqué le nom de la mère, pour que l'enfant acquière la qualité de « naturel » à l'égard de celle-ci, il faudra toujours une reconnaissance solennelle de sa part et non pas un simple aveu comme le décide la jurisprudence française¹. Nous rappelons que le C. Espagnol (art. 132) défend à celui des parents qui fait seul la reconnaissance de révéler le nom de l'autre.

e) Le C. Ch. ne contient pas non plus la disposition parfois critiquée² de l'art. 337 du C.F., qui, pour protéger les conjoints et les enfants légitimes, limite en leur faveur les effets de la reconnaissance faite par l'un des époux pendant le mariage d'un enfant naturel qu'il aurait eu avant son mariage d'un autre que de son époux. La suppression de la disposition restrictive de l'art. 337 du C. F. offre en droit chilien une importance moindre qu'elle aurait eue en droit français, car d'après le système du C. Ch. les enfants illégitimes ne viennent jamais à la succession *ab intestat* de leurs parents en concurrence avec les enfants légitimes. Ceci ne veut pas dire, néanmoins que la suppression soit sans intérêt; en effet, la doctrine française — au moins certains auteurs — étend la restriction de l'art. 337 jusqu'au droit d'ali-

1. Aubry et Rau, *op. cit.*, t. IX, § 567, p. 227, § 268 *bis*, note 27, p. 245-246; Colin et Capitant, *op. cit.*, t. I, p. 293-294; Baudry-Lacantinerie, *op. cit.*, t. I, n° 896; Planiol, *op. cit.*, t. I, n° 1475; Planiol, Ripert et Rouast, *op. cit.*, n° 833; L. Josserand, *op. cit.*, t. I, n° 1191 et 1197.

2. Colin et Capitant, *op. cit.*, t. I, p. 351 et s.; Planiol, *op. cit.*, t. I, n° 1496; Planiol, Ripert et Rouast, *op. cit.*, n° 855.

ments¹. N'existant pas dans le C. Ch. l'article en question, il est indiscutable que l'enfant naturel reconnu pendant le mariage peut exiger des aliments, même si l'exercice de son droit nuit au conjoint ou aux enfants légitimes issus du mariage pendant lequel la reconnaissance a eu lieu.

L'art. 278, al. 2 du C. Ch. défend seulement à une personne mariée d'avoir un enfant naturel dans sa maison sans le consentement de son conjoint. Une prohibition analogue est prévue dans le C. Italien (art. 183) et dans le C. Brésilien (art. 359).

f) En dehors de cette observation qu'une énumération des causes qui autorisent la contestation de la reconnaissance (art. 275) n'est pas contenue dans le C. F., il n'y a pas d'autres dispositions spéciales à signaler. Plusieurs questions importantes, qui n'ont pas été directement résolues par le C. F.², restent aussi douteuses en droit chilien : ex. la détermination du nom des enfants, la possibilité de reconnaître un enfant avant sa naissance, le point de savoir si un incapable peut reconnaître ses enfants naturels, si la reconnaissance faite par testament est irrévocable, etc.

1. F. Laurent, *op. cit.*, t. IV, n° 133; Aubry et Rau, *op. cit.*, t. IX, § 568 *quater*, p. 264-265; Colin et Capitant, *op. cit.*, t. I, p. 370-371; Baudry-Lacantinerie, *op. cit.*, t. I, n° 931; Planiol, *op. cit.*, t. I, n° 666 et 1499; Planiol, Ripert et Rouast, *op. cit.*, n° 860; L. Josserand, *op. cit.*, t. I, n° 1255.

2. Colin et Capitant, *op. cit.*, t. I, p. 282 et s.; Baudry-Lacantinerie, *op. cit.*, t. I, n° 879 et s.; Planiol, *op. cit.*, t. I, n° 1464 et s.; Planiol, Ripert et Savatier, *op. cit.*, n° 99; Planiol, Ripert et Rouast, *op. cit.*, n° 817 et s.; L. Josserand, *op. cit.*, t. I, n° 1186 et s.

**§ II. Les enfants illégitimes non
reconnus solennellement**

126. Les enfants illégitimes non reconnus volontairement par acte solennel ne sont admis à demander en justice l'établissement de leur filiation paternelle ou maternelle que dans le *seul but d'exiger des aliments* (art. 280 et s.); ils ne sont pas appelés à la succession *ab intestat* de leurs père ou mère.

L'action tendant à établir la filiation illégitime est soumise à des règles différentes, selon qu'il est question de la filiation paternelle ou de la filiation maternelle.

127. Recherche de la paternité. — *Citation du père devant le juge.* — Le C. Ch. donne à l'enfant le droit de citer devant le juge celui qu'il suppose être son père pour qu'il déclare sous serment s'il croit l'être. Si le défendeur avoue être le père, ou s'il ne comparaît pas après avoir été assigné pour la deuxième fois, la paternité est réputée reconnue. Tel est l'unique moyen de recherche de la paternité admis par le C. Ch. (art. 282-285).

128. Rapt. — Le cas du rapt a été prévu aussi par le législateur. A proprement parler il ne s'agit pas, dans l'espèce, d'une véritable recherche de la paternité, mais d'une punition imposée au ravisseur ou séducteur dont la paternité serait possible. L'art. 287 du C. Ch. ne dit pas, en effet, comme le disait l'ancien texte de

l'art. 340 du C. F., que le ravisseur pourra être déclaré père de l'enfant. Il dit seulement que le ravisseur ou le séducteur seront condamnés à fournir des aliments à l'enfant dont la conception aurait été possible à l'époque où la femme enlevée ou séduite se trouvait en leur pouvoir. On a même discuté s'il faudrait en plus, pour condamner le ravisseur ou le séducteur à la prestation d'aliments, l'établissement de la filiation à son égard au moyen de l'aveu exprès ou tacite, dont nous avons parlé plus haut¹.

129. Mariage nul. — Le C. Ch. n'a pas prévu le cas d'un mariage nul, qui ayant été contracté de mauvaise foi par les deux époux et ne réunissant pas les conditions d'un mariage putatif, n'a pas entraîné la légitimité des enfants qui en sont issus. On pourrait soutenir que, dans ce cas, joue aussi la présomption « pater is est... » à l'égard du pseudo-mari jusqu'à ce qu'elle soit détruite par la preuve contraire. Nous verrons que cette hypothèse, qui n'a pas été prévue non plus par le C. F., a été envisagée par le C. Italien (art. 193-2°), par le C. Allemand (art. 1703), et par le C. Brésilien (art. 367).

130. Recherche de la maternité. — A la différence de la paternité, qui peut être établie seulement à l'aide de présomptions, la maternité est susceptible de preuve

1. L. Claro, *op. cit.*, t. II, n° 1361 et s.

certaine. C'est pour cela que les législations admettent uniformément la recherche de la maternité illégitime. Les dispositions du C. Ch. sont ainsi conçues :

Art. 288. — « L'enfant illégitime aura le droit que sa
« mère lui procure les aliments dont il a besoin, s'il
« ne peut les obtenir du père.

« Cette action ne pourra jamais être introduite contre
« une femme mariée. »

Art. 289. — « Si la défenderesse déclare que l'enfant
« n'est pas le sien, le demandeur sera recevable à le
« prouver par témoignages faisant foi, établissant le
« fait de l'accouchement et l'identité de l'enfant.

« L'acte de naissance ou de baptême ne servira pas
« de preuve pour établir la maternité. »

Pour prouver la filiation maternelle il n'est pas exigé l'adminicule préalable d'un commencement de preuve par écrit, requis par l'art. 341 du C. F. au moins pour établir l'identité de l'enfant¹. Quant à l'acte de naissance, l'art. 289 déclare qu'il ne sert pas de preuve pour établir la maternité illégitime, sans distinguer entre le fait de l'accouchement et l'identité de l'enfant. On peut soutenir, néanmoins, que cette disposition a été abrogée par la loi et le règlement de 1884 qui ont organisé le Registre Civil. Selon l'art. 25 du règlement, on ne doit indiquer le nom du père ou de la mère illégitime dans l'acte de naissance que dans le cas où la personne

1. Planiol, Ripert et Rouast, *op. cit.*, n° 876 et s.

à qui la paternité ou la maternité est attribuée demande personnellement, ou par l'intermédiaire d'un mandataire, que son nom soit inscrit. En conséquence, l'acte de naissance révélant le nom de la mère doit suffire pour prouver le fait de l'accouchement, de même qu'on le décide en France¹.

131. Enfants adultérins, incestueux et sacrilèges. — La recherche de la paternité et de la maternité illégitimes, dans les limites reconnues par la loi et dans le seul but d'obtenir des aliments, est permise même à l'égard des enfants adultérins, incestueux ou sacrilèges. La restriction contenue dans l'art. 288 al. 2 ne vise pas l'origine coupable de la filiation, mais l'état civil de la mère au moment de l'introduction de l'action en recherche de la maternité.

§ III. Droit comparé et conclusions

132. I. Dans ce paragraphe, nous ne prétendons pas donner un aperçu complet sur la filiation illégitime en droit étranger; nous voulons seulement détacher quelques solutions capitales sur la matière d'après les différents groupes de législations. Nous envisagerons successivement les Codes des principaux pays latins, le droit anglais, les législations germaniques, le droit suisse, et la législation soviétique.

1. Colin et Capitant, *op. cit.*, t. I, p. 293-294; Planiol, Ripert et Rouast, n° 820-4° et 876-1°.

Nous commencerons par résumer en quelques propositions le système chilien :

1) Dans le seul but d'accorder des aliments, et à l'égard de toute catégorie d'enfants, même adultérins et incestueux, l'établissement de la filiation illégitime paternelle dépend de la *volonté* expresse ou tacite du père, sauf le cas, encore discutable, du rapt. Au contraire, la filiation maternelle est une pure question de *fait*, mais la preuve n'en est pas recevable contre une femme mariée.

2) L'état privilégié d'enfant « *naturel* » qui entraîne des droits successoraux, dépend *exclusivement de la volonté expresse et solennelle* du père ou de la mère et il ne peut être octroyé aux enfants incestueux ou adultérins.

3) Même la qualité privilégiée d'enfant « *naturel* » ne confère pas à l'enfant de droits successoraux en face de descendants légitimes. Néanmoins le père ou la mère peuvent faire aux enfants illégitimes de toute catégorie des libéralités ne dépassant pas la quotité disponible.

133. II. Droit français. — Le C. F. avait fait de la reconnaissance volontaire et solennelle (art. 334) l'unique moyen d'établir directement la filiation paternelle illégitime. Le texte primitif de l'art. 340 interdisait formellement la recherche de la paternité illégitime, sauf dans le cas d'enlèvement. Cette prohibition avait été l'objet de multiples critiques et avait obligé les

tribunaux à chercher des moyens pour la tempérer. Le législateur intervint par la loi du 16 novembre 1912, qui, sans consacrer le principe de la libre recherche de la paternité, l'a admise dans des cas qui « renferment la grande majorité des hypothèses dans lesquelles une recherche de paternité pourrait être entreprise sous un régime d'absolue liberté¹ ».

a) D'après le texte actuel de l'art. 340 du C. F., la paternité hors mariage *peut* être judiciairement déclarée dans les hypothèses suivantes : 1) Dans le cas d'enlèvement ou de viol, lorsque l'époque de l'enlèvement ou du viol se rapportera à celle de la conception ; 2) Dans le cas de séduction accomplie à l'aide de manœuvres dolosives, abus d'autorité, promesse de mariage ou fiançailles, et s'il existe un commencement de preuve par écrit, dans les termes de l'art. 1347 ; 3) Dans le cas où il existe des lettres ou quelque autre écrit émanant du père prétendu et desquels il résulte un aveu non équivoque de paternité ; 4) Dans le cas où le père prétendu et la mère ont vécu en état de concubinage notoire pendant la période légale de la conception ; 5) Dans les cas où le père prétendu a pourvu ou participé à l'entretien et à l'éducation de l'enfant en qualité de père.

Mais l'action en reconnaissance de paternité ne sera pas recevable : 1) S'il est établi que, pendant la

1. Planiol, Ripert et Rouast, *op. cit.*, n° 890.

période légale de la conception, la mère était d'une inconduite notoire ou a eu commerce avec un autre individu; 2) Si le père prétendu était, pendant la période légale, soit par suite d'éloignement, soit par l'effet de quelque accident, dans l'impossibilité physique d'être le père de l'enfant.

Le C. F., pas plus que le C. Ch. n'a envisagé le cas d'un mariage nul contracté de mauvaise foi par les deux époux et ne produisant pas, en conséquence, les effets du mariage putatif. Il y a des auteurs qui soutiennent que, dans cette hypothèse, la présomption « *pater is est...* » profite aux enfants qui sont issus du mariage nul, et que leur filiation doit être considérée comme établie jusqu'à preuve contraire¹.

En ce qui concerne la filiation maternelle, le C. F. admet la libre recherche. L'art. 341 est ainsi conçu : « La recherche de la maternité est admise. L'enfant qui réclamera sa mère, sera tenu de prouver qu'il est identiquement le même que l'enfant dont elle a accouché. Il ne sera reçu à faire cette preuve par témoins que lorsqu'il y aura un commencement de preuve par écrit ».

b) La filiation illégitime paternelle ou maternelle, *volontairement* ou *judiciairement* reconnue, produit les mêmes effets². Elle confère notamment des droits

1. Aubry et Rau, *op. cit.*, t. IX, § 572, p. 326-2°, a; Baudry-Lacantinerie, *op. cit.*, t. I, n° 891; Planiol, *op. cit.*, t. I, n° 1541-4°; Planiol, Ripert et Rouast, *op. cit.*, n° 310 et 974-3°; L. Josserand, *op. cit.*, t. I, n° 1260-3°. *Contra*, Colin et Capitant, *op. cit.*, t. I, p. 354.

2. Aubry et Rau, *op. cit.*, t. IX, § 567, p. 227; Colin et Capitant, *op. cit.*, t. I, p. 350; Planiol, Ripert et Rouast, *op. cit.*, n° 848.

successoraux; les enfants naturels viennent à la succession ab intestat de leur père et mère non pas en égalité de condition avec les enfants légitimes mais *en concurrence* avec eux (art. 758) et, depuis la loi du 25 mars 1896, ils sont compris expressément parmi les héritiers réservataires (art. 913)¹.

c) La filiation adultérine ou incestueuse, paternelle ou maternelle, ne peut être reconnue ni volontairement (art. 335) ni judiciairement (art. 342), sauf le cas de légitimation (art. 331). Néanmoins, si, par des moyens indirects — sur lesquels les auteurs ne sont pas toujours d'accord² — la filiation est en fait établie les enfants ont droit à obtenir des aliments (art. 762 et 908).

134. Droit italien.— a) Ayant suivi le C. F., le C. Italien a reproduit dans son art. 189 l'interdiction de re-

1. Aubry et Rau, *op. cit.*, t. IX, § 605, t. X § 638, t. XI § 686; Colin et Capitant, *op. cit.*, t. III, p. 389 et s., 713 et s.; Baudry-Lacantinerie, *op. cit.*, t. III, n° 555 et s., 940 et s.; Planiol, *op. cit.*, t. III, n° 1821 et s., 3070 et s. Il convient de remarquer que le C. F. contient une limitation au droit des enfants naturels pour recevoir librement des libéralités de leurs parents dans les limites de la quotité disponible. L'art. 908 est ainsi conçu : « Les enfants naturels légalement reconnus ne pourront rien recevoir par donation entre vifs au delà de ce qui leur est accordé au titre *Des Successions*. Cette incapacité ne pourra être invoquée que par les descendants du donateur, par ses concendants, par ses frères et sœurs et par les descendants légitimes de ses frères et sœurs. Le père ou la mère qui les ont reconnus pourront leur léguer tout ou partie de la quotité disponible, sans toutefois qu'en aucun cas, lorsqu'ils se trouvent en concurrence avec des descendants légitimes, un enfant naturel puisse recevoir plus qu'une part d'enfant légitime le moins prenant. — Les enfants adultérins ou incestueux ne pourront rien recevoir par donation entre vifs ou par testament au delà de ce qui leur est accordé par les art. 762, 763 et 764 ».

2. Aubry et Rau, *op. cit.*, t. IX, § 572, p. 326-328; Colin et Capitant, *op. cit.*, t. I, p. 353-355; Baudry-Lacantinerie, *op. cit.*, t. I, n° 891; Planiol, *op. cit.*, t. I, n° 1541; Planiol, Ripert et Rouast, *op. cit.*, n° 974; L. Jossierand, *op. cit.*, t. I, n° 1260.

chercher la paternité, sauf dans les cas d'enlèvement ou de viol. La recherche de la maternité est admise par l'art. 190 dans des termes à peu près analogues à ceux de l'art. 341 du C. F.

b) La déclaration *judiciaire* de la paternité ou de la maternité illégitime produit les mêmes effets que la reconnaissance *volontaire* et solennelle (art. 192). Notamment l'enfant naturel est appelé à la succession ab intestat de ses père ou mère dans des conditions inférieures aux enfants légitimes, mais *en concurrence* avec eux. L'enfant naturel est aussi héritier réservataire (art. 744 et 815)¹.

c) Bien que la recherche directe de la paternité illégitime soit interdite en dehors des cas d'enlèvement ou viol, le C. Italien accorde aux enfants illégitimes une action pour obtenir des aliments lorsque sa filiation se trouve en fait établie par des moyens indirects. « Toutefois — dit l'art. 193 al. 2 et s. — l'enfant naturel aura toujours action pour obtenir des aliments : 1) Si la paternité ou la maternité résulte indirectement d'un jugement civil ou criminel; 2) Si la paternité ou la maternité résulte d'un mariage déclaré nul; 3) Si la paternité ou la maternité résulte d'une déclaration expresse contenue dans un écrit émané du père ou de la mère ».

Le C. Italien a donc prévu expressément le cas de mariage nul. Mais il faut bien remarquer que la filiation

1. R. de Ruggiero, *op. cit.*, t. II, p. 641-650, 836 et s., 862-863.

illégitime établie à l'aide de la présomption « *pater is est...* » ou par d'autres des moyens indirects prévus par l'art. 193 al. 2 et s. ne confère pas à l'enfant de droits successoraux : elle lui donne seulement une action pour obtenir des aliments¹.

d) En ce qui concerne les enfants adultérins et incestueux, le C. Italien (art. 180 et 193 al. 1^{er}) prohibe la reconnaissance volontaire ou judiciaire de leur filiation paternelle ou maternelle. Néanmoins, si la filiation se trouve indirectement établie par l'un des moyens prévus par l'art. 193 al. 2 et s., l'enfant a le droit d'exiger des aliments (art. 752)².

135. Droit espagnol³. — a). Sans déroger au principe de l'interdiction de la recherche de la paternité illégitime, le C. Espagnol lui a apporté quelques exceptions. D'après l'art. 135 la recherche de la paternité illégitime est admise, ou, pour employer le langage du Code, le père sera obligé de reconnaître l'enfant, dans les hypothèses suivantes : 1) Lorsqu'il existe un écrit certain (*indubitado*) émanant du père, où il a reconnu expressément sa paternité; 2) Lorsque l'enfant a une possession d'état continue d'enfant naturel du défendeur justifiée par actes directs du père ou de sa famille; 3) Dans le cas d'enlèvement ou de viol (*violacion, estupro o rapto*).

En ce qui concerne la filiation maternelle, l'art. 136

1. R. de Ruggiero, *op. cit.*, t. II, p. 649-650.

2. R. de Ruggiero, *op. cit.*, t. II, p. 650-651 et 838-839.

3. C. Valverde, *op. cit.*, t. IV, p. 437 et s. et t. V, p. 266 et s.

déclare que la mère sera obligée de reconnaître l'enfant, lorsque le fils se trouve à son égard dans les mêmes conditions prévues pour le père par l'art. 135, ou lorsqu'on prouve le fait de l'accouchement et l'identité de l'enfant. La libre recherche de la maternité est donc admise. De même que le C. Ch., le C. Espagnol n'a pas exigé l'admission préalable d'un commencement de preuve par écrit pour rendre recevable la preuve par témoins.

b) La reconnaissance *forcée* de la paternité ou de la maternité produit les mêmes effets que la reconnaissance *volontaire*. L'enfant reconnu a droit à une partie de la succession en qualité de réservataire, même en face de descendants légitimes (art. 840).

c) Les enfants adultérins et incestueux ne peuvent être l'objet d'une reconnaissance volontaire et solennelle de la part de leur père ou de leur mère (art. 129 et 119). Mais, dans le seul but d'obtenir des aliments, la filiation maternelle adultérine ou incestueuse peut être librement recherchée (art. 140-3°) et le père ou la mère doivent fournir aussi des aliments à l'enfant adultérin ou incestueux lorsque la filiation résulte d'un jugement rendu dans un procès civil ou criminel, ou d'un écrit certain (*indubitado*) dans lequel le père ou la mère l'ont reconnu expressément (art. 140-1° et 2°).

136. Droit brésilien¹. — Le C. Brésilien a largement admis la recherche de la paternité illégitime. D'après

1. C. Bevilacqua, *op. cit.*, t. II et VI, observations sur les articles cités dans le texte.

l'art. 363, les enfants illégitimes non adultérins ni incestueux, peuvent demander la reconnaissance de leur filiation dans les cas suivants : « 1) Si au temps de la conception, la mère vivait en concubinage avec le père prétendu; 2) Si la conception de l'enfant a réellement coïncidé avec le rapt de la mère par le père prétendu ou avec leurs relations sexuelles: 3) S'il existe un acte écrit par le père dans lequel il s'attribue la paternité, en la reconnaissant expressément. »

Il suffit de lire cette énumération pour se rendre compte que le C. Brésilien a admis en fait la libre recherche de la paternité naturelle simple. Le Code n'a pas mentionné l'*exceptio plurium* ni aucune autre; il a laissé liberté complète pour détruire les présomptions par des faits probants.

En ce qui concerne la recherche de la maternité, l'art. 364 s'exprime ainsi : « La recherche de la maternité n'est interdite que si elle a pour effet d'attribuer un enfant illégitime à une femme mariée ou un enfant incestueux à une célibataire ». Comme on le voit, le C. Brésilien a adopté la même solution que le C. Ch. en ce qui concerne la défense d'intenter l'action contre une femme mariée.

Le C. Brésilien a prévu la question de la preuve de la filiation illégitime en cas de mariage nul. L'art. 367 dit : « La filiation paternelle et la filiation maternelle peuvent résulter d'un mariage déclaré nul, même s'il ne réunit pas les conditions d'un mariage putatif. » A

la différence du C. Italien, qui, comme nous le savons, prévoit aussi l'hypothèse, mais qui n'attribue pas d'autres effets que l'obligation alimentaire à la filiation illégitime ainsi constatée, en droit brésilien il semble que la filiation illégitime établie à l'aide de la seule présomption « *pater is est...* » en cas de mariage nul produit les mêmes effets que la filiation reconnue par les moyens ordinaires. L'auteur du Code, M. Bevilacqua, dans une observation sur l'art. 1605, dit¹ : « On considère aussi comme enfant naturel reconnu celui qui est issu d'un mariage nul, même non putatif (art. 367). Cet enfant a les mêmes droits successoraux que l'enfant reconnu par acte volontaire ou par jugement. Il est reconnu par la loi. »

b) La déclaration judiciaire de la filiation illégitime produit les mêmes effets que la reconnaissance volontaire. Les enfants naturels dont la filiation a été établie sont assimilés aux enfants légitimes. Ils ont spécialement les mêmes droits successoraux, sauf l'exception contenue dans le § 1 de l'art. 1605, selon lequel, s'il y a un enfant légitime ou légitimé, l'enfant naturel reconnu pendant le mariage n'aura droit qu'à la moitié seulement de la part qui échoit au premier dans la succession.

c) Les enfants incestueux ou adultérins ne peuvent être reconnus par leur père ou mère (art. 358). La recherche de la paternité adultérine ou incestueuse est

1. *Op. cit.*, t. VI, art. 1605, ob. 3.

aussi expressément rejetée (art. 363, al. 1). Néanmoins, d'après l'art. 405, si la filiation illégitime paternelle des enfants adultérins ou incestueux résulte soit d'un mariage nul, soit d'un jugement définitif rendu autrement que sur la demande de l'enfant, soit d'un aveu ou d'une déclaration écrite du père, elle donne lieu à l'obligation alimentaire.

En ce qui concerne la recherche de la maternité incestueuse ou adultérine, la question n'est pas si claire, car l'art. 364 défend seulement d'intenter l'action contre une femme mariée, ce qui n'exclut pas la recherche de la maternité adultérine contre une femme veuve ou célibataire¹. D'autre part, le Code n'a pas édicté à l'égard de la mère une disposition analogue à celle de l'art. 405 qui consacre l'obligation alimentaire du père, lorsque la filiation adultérine ou incestueuse est en fait établie. D'après une observation de M. Bevilacqua, il semble qu'on doit appliquer aussi à la mère la disposition de l'art. 405.

— De l'exposé que nous venons de faire des législations des principaux pays latins, on peut déduire une tendance très accentuée contraire à l'interdiction de la recherche de la paternité illégitime. Dans toutes les législations examinées, la filiation illégitime paternelle ou maternelle établie par jugement produit les mêmes effets que

1. Cependant, d'une observation de M. Bevilacqua, il semble se dégager que la filiation incestueuse ou adultérine ne peut être recherchée (*op. cit.*, t. VI, art. 1605, ob. 4).

la connaissance volontaire et solennelle; elle confère aux enfants illégitimes des droits successoraux, même en face des enfants légitimes. Les droits successoraux des enfants illégitimes sont inférieurs à ceux des enfants légitimes sauf au Brésil où, en principe, ils sont identiques. Dans toutes ces législations, la reconnaissance solennelle volontaire des enfants adultérins et incestueux et la recherche directe de leur filiation avec des effets d'état civil, est interdite; les enfants de cette catégorie ne sont pas appelés à la succession ab intestat de leurs parents.

Donc, les solutions du C. Ch. sont, pour la plupart, en désaccord avec celles des législations examinées jusqu'ici.

137. III. Droit anglais.— En droit anglais on admet la libre recherche de la paternité et de la maternité illégitime. Autrefois, la déclaration sous serment de la mère était suffisante pour établir la paternité, mais, comme le système prêtait à des abus, il fut corrigé par des lois de 1835 et 1872. Depuis lors, pour prouver la paternité, en plus de la déclaration sous serment de la mère, on exige d'autres témoignages ou un commencement de preuve par écrit. L'homme mis en cause peut prouver par tous moyens qu'il n'est pas le père, notamment en établissant que la demanderesse a eu des relations avec d'autres à l'époque de la conception. Si le juge estime que la paternité est établie, il condamne le défendeur

à contribuer à l'entretien de l'enfant jusqu'à l'âge de 13 ans ou, s'il y a lieu, de 16 ans, par une allocation hebdomadaire de 5 shillings, quelle que soit sa position sociale ou sa fortune¹.

La constatation volontaire ou forcée de la paternité ou de la maternité illégitime n'élevait pas l'enfant naturel (*bastard* ou *illegitimate child*) au rang de fils des auteurs de ses jours; il était un « *filius nullius* ». Il ne pouvait pas être légitimé par le mariage subséquent de ses père et mère; il n'avait pas de droits successoraux, mais il pouvait recevoir les mêmes libéralités qu'un étranger. Depuis la *Legitimacy Act*, 1926, la situation de l'enfant naturel en Angleterre s'est améliorée : il peut être légitimé par le mariage de ses parents et il succède à sa mère comme s'il était légitime, à moins d'être en concours avec des enfants légitimes².

138. IV. Droit allemand³.— a) D'après le C. Allemand, il n'y a pas lieu de distinguer entre les différentes catégories d'enfants illégitimes, ni à l'égard du père ni à l'égard de la mère. Le Code réserve le même régime juridique aux enfants conçus dans l'adultère ou dans l'inceste⁴ qu'à ceux qui sont issus de relations simple-

1. A. Pouzol, *La recherche de la paternité*, Paris, 1902, p. 60-62; E. Lehr, *op. cit.*, t. I, n° 203-210.

2. A. Curti, *op. cit.*, p. 95-IV, p. 262-V.

3. A. Roux, *Condition juridique des enfants naturels dans le Code civil allemand*, thèse, Paris, 1902; M. Halewyck, *op. cit.*

4. Nous rappelons toutefois qu'aux termes de l'art. 1732 du C. Allemand il est interdit aux pouvoirs publics d'accorder la légitimation par rescrit aux enfants issus de personnes qui ne pouvaient pas s'épouser à l'époque de la conception à cause soit d'un rapport de parenté ou d'alliance en ligne directe, soit d'un rapport de frère à sœur.

ment illégitimes. On a estimé qu'il était trop injuste de frapper les enfants pour stigmatiser la faute de leurs parents. De l'avis des juristes allemands, la tranquillité des familles légitimement constituées ne vaut pas la nécessité impérieuse de sauver de la misère et du malheur l'enfant issu de relations coupables.

b) La filiation maternelle est *un fait* susceptible d'être prouvé d'une façon incontestable. La nature rattache donc l'enfant à sa mère et la loi consacre ce lien.

Vis-à-vis de la mère et des parents de la mère, l'enfant illégitime est placé dans la même condition légale que l'enfant légitime (art. 1705). La mère illégitime n'a pas, cependant, la puissance paternelle (art. 1707); l'enfant naturel est mis en tutelle, mais la mère a envers lui des droits et des devoirs (art. 1707 et 1773).

c) La filiation paternelle est aussi *un fait* susceptible d'être établi à l'aide de présomptions. L'art. 1717 dit : « Est réputé père de l'enfant naturel, au sens des art. 1708 à 1716, celui qui a cohabité avec la mère dans le temps de la conception, à moins qu'un autre n'ait aussi cohabité avec elle dans le même temps. La cohabitation, toutefois, n'est pas prise en considération lorsque, d'après les circonstances, il est manifestement impossible que la mère ait conçu des œuvres de celui qui a cohabité avec elle. — Est réputé temps de la conception le temps écoulé du cent quatre-vingt-unième au trois cent deuxième jour avant le jour de la naissance, y compris aussi bien le cent quatre vingt-unième que le trois cent deuxième jour. »

La reconnaissance volontaire n'a pas d'influence sur l'état civil de l'enfant; faite par acte public, elle enlève seulement au père le droit d'opposer l'*exceptio plurium*. En effet, selon l'art. 1718, « celui qui reconnaît sa paternité, après la naissance de l'enfant, dans un document public, ne peut plus exciper de ce qu'un autre a cohabité avec la mère dans le temps de la conception ».

L'enfant naturel et son père ne sont pas réputés parents (art. 1589 al. 2)¹. L'établissement de la filiation illégitime a pour conséquence une obligation alimentaire. « L'objet de la recherche de la paternité — a-t-on dit — c'est la découverte du débiteur de la pension alimentaire. ». L'étendue de l'obligation du père est déterminée par l'art. 1708, qui est ainsi conçu : « Le père de l'enfant naturel est tenu d'assurer à l'enfant, jusqu'à ce qu'il ait accompli sa seizième année, un entretien conforme à la condition sociale de la mère. L'entretien comprend l'ensemble des besoins de la vie comme aussi les frais d'éducation et de préparation à une carrière : Si l'enfant, à l'époque où il a accompli sa seizième année est, par suite d'infirmités physiques ou intellectuelles, hors d'état de se subvenir à lui même, le père est tenu, même au delà de cette époque, de pourvoir à son entretien; est applicable la disposition de l'art. 1603 al. 1) ». Le père, en outre doit indemniser la mère des frais d'accouchement

1. La parenté ou l'alliance illégitime constitue, néanmoins, un empêchement au mariage (art. 1310, al. 3).

et d'entretien pendant les six semaines qui suivent l'accouchement (art. 1715-1716).

Le C. Allemand prévoit le cas du mariage nul qui n'a pas produit la légitimité ou la légitimation des enfants. L'art. 1703 est ainsi conçu : « L'enfant qui n'est pas réputé légitime, par le motif qui les deux époux avaient connaissance de la nullité du mariage au jour où ils le contractaient, peut néanmoins, aussi bien qu'un enfant légitime, réclamer l'entretien à son père, pendant toute la vie de celui-ci. Le droit accordé par l'art. 1612 al. 2 n'appartient pas au père ».

Entre l'enfant illégitime et son père, il n'y a aucun droit légal de succession. Ils peuvent néanmoins s'attribuer réciproquement des libéralités par acte entre vifs ou par testament de la même façon qu'ils ont le droit de disposer à titre gratuit en faveur d'un tiers quelconque. Au sein de la deuxième commission nommée pour réviser le projet de Code civil, et plus tard au Reichstag, des tentatives furent faites, mais vainement, pour accorder à l'enfant naturel des droits dans la succession de son père.

139. Droit autrichien. — Le système appliqué en Autriche est le même que celui du C. Allemand. Lors de la révision du C. Autrichien (art. 163 et s.), on a maintenu le système en apportant à l'ancien Code des réformes de détail, inspirées des articles du C. Allemand. On avait voulu

aussi accorder à l'enfant illégitime des droits dans la succession du père, mais la tentative fut sans résultat¹.

140. V. Droit suisse². — Le système adopté en Suisse n'est pas tout à fait le même que celui du C. Allemand et du C. Autrichien. Le C. C. Suisse a fait un pas de plus en faveur des enfants illégitimes.

a) La filiation maternelle, même incestueuse ou adultérine, peut être librement recherchée. La reconnaissance volontaire ne présente aucun intérêt; « la filiation illégitime — dit l'art. 302, al. 1 — résulte, à l'égard de la mère, du seul fait de la naissance ». L'enfant illégitime est placé, vis-à-vis de la mère et des parents de la mère, dans la même condition que l'enfant légitime (art. 461)³. La mère n'a pas cependant, de plein droit, la puissance paternelle, mais, à la différence de ce que décide le C. Allemand, la puissance paternelle peut être attribuée à la mère par l'autorité tutélaire, laquelle détermine en même temps les droits sur les biens de l'enfant (art. 325, al. 3 et 327).

b) En ce qui concerne la filiation paternelle, le C. C. Suisse s'écarte du système du C. Allemand, qui n'admet pas que la filiation paternelle illégitime produise des effets d'état civil. D'après le C. C. Suisse, à côté de la

1. M. de Gallaix, *op. cit.*, p. 29 et s.; 90-91.

2. H. Robert, *De la condition juridique de l'enfant naturel dans le Code civil suisse et allemand*, Genève, 1912; R. Vuille, *La recherche de la paternité d'après le Code civil suisse et la loi fédérale sur les rapports de droit civil*, Genève, 1917.

3. E. Curti-Forrer, *op. cit.*, art. 461, note 2.

filiation paternelle illégitime établie dans le seul but d'obtenir des aliments, existe la filiation paternelle illégitime produisant des effets d'état civil, qui rattache le fils à son père et lui donne des droits successoraux.

1. Dans le seul but d'obtenir une pension alimentaire, l'action en recherche de la paternité peut être intentée même s'il s'agit d'enfants incestueux ou adultérins. Seulement, lorsque la mère était mariée au moment de la conception, une action en paternité ne peut être intentée qu'après que la filiation illégitime de l'enfant a été déclarée par le juge (art. 316).

D'après l'art. 314 « la paternité est présumée, lorsqu'il est prouvé qu'entre le trois centième et le cent quatre vingtième jour avant la naissance, le défendeur a cohabité avec la mère de l'enfant. Cette présomption cesse si des faits établis permettent d'élever des doutes sérieux sur la paternité du défendeur ». L'art. 315 ajoute : « L'action en paternité est rejetée, lorsque la mère vivait dans l'inconduite à l'époque de la conception ».

Les art. 319, 320 et 322 déterminent l'étendue de la dette alimentaire envers l'enfant et les art. 317, 318 et 321 statuent sur les indemnités que peut réclamer la mère.

2. La filiation paternelle illégitime, avec des effets d'état civil, peut être établie par reconnaissance volontaire ou par jugement.

La reconnaissance doit être solennelle (art. 303)

et elle est défendue à l'égard des enfants adultérins et incestueux (art. 304).

L'établissement de la filiation paternelle illégitime par jugement (*déclaration de paternité*) est prévue par l'art. 323, qui dit : « Le juge, sur les conclusions de la partie demanderesse, déclare la paternité du défendeur, lorsque ce dernier avait promis le mariage à la mère ou lorsque la cohabitation a été un acte criminel ou un abus d'autorité. — Il ne peut déclarer la paternité, si le défendeur était déjà marié lors de la cohabitation ».

D'après l'al. 2 il n'est pas discutable que la déclaration, de paternité ne peut avoir lieu lorsqu'il s'agit d'un enfant issu du commerce adultérin du père; par contre, on n'est pas d'accord pour décider sur la possibilité de déclarer la paternité d'un enfant issu du commerce adultérin de la mère¹. Pour les enfants incestueux, il n'y a pas de prohibition².

La reconnaissance volontaire et solennelle ou la déclaration de *la paternité* faite d'après l'art. 323 donne à l'enfant une situation à peu près analogue à celle des enfants légitimes. Les obligations du père sont les mêmes que si l'enfant était légitime; l'enfant porte le nom de famille de son père et il a des droits successoraux comme l'enfant légitime, mais, en concours avec des frères ou sœurs légitimes ou leurs descendants, le droit de l'enfant

1. Rossel et Mentha, *op. cit.*, t. I, n° 685; E. Curti-Forrer, *op. cit.*, art. 323, note 4; R. Vuille, *op. cit.*, p. 42-43.

2. R. Vuille, *op. cit.*, p. 43.

naturel est réduit à la moitié de la part afférente à un enfant légitime ou à ses descendants (art. 325 et 461)¹.

On le voit, sous le C. C. Suisse la situation des enfants naturels est encore plus favorable que sous le C. Allemand.

141. VI. Droit soviétique². — La législation soviétique, contenue, pour cette matière, dans le Code de la Famille de 1918 complété et modifié par celui de 1926, a réalisé l'assimilation absolue de l'enfant naturel à l'enfant légitime ou plutôt de l'enfant légitime à l'enfant naturel.

« La filiation de fait est reconnue comme la base de la famille. Il n'est fait aucune différence entre la parenté hors mariage et la parenté en mariage ». « Les enfants dont les parents ne sont pas dans l'état de mariage jouissent des mêmes droits que les enfants nés des personnes qui sont dans l'état de mariage » (C. 1918, art. 133; C. 1926, art. 25).

La filiation des enfants, mêmes nés du mariage, peut être contestée par tout intéressé. (C. 1918, art. 138).

Pour établir la paternité à défaut de reconnaissance de l'enfant par le père, le C. de 1918 envisageait le système de la dénonciation faite par la mère. La femme devenue enceinte devait faire, trois mois au plus tard,

1. Rossel et Mentha, *op. cit.*, t. I, n° 700 et s.; t. II, n° 914-915.

2. *Les codes de la Russie soviétique*, t. I, *Introduction* par M. E. Lambert, p. 41 et s.; J. Champcommunal, *op. cit.*, p. 34 et s.; 84 et s.

avant sa délivrance, à l'organe local d'enregistrement des actes de l'état civil du lieu de son domicile; une déclaration indiquant le moment de la conception, le nom et le domicile du père. Même la femme mariée pouvait faire cette déclaration, si l'enfant conçu par elle n'était pas issu de l'homme enregistré comme son mari (art. 140). Informé de cette déclaration, le père présumé avait le droit de s'y opposer, dans un délai de deux semaines en engageant contre la mère un débat pour fausse déclaration. Le silence équivalait à la reconnaissance (art. 141). Si le tribunal estimait que le défendeur était le père de l'enfant il devait rendre un jugement déclaratif de la paternité, en statuant en même temps sur la participation aux dépenses qu'entraînent la grossesse, les couches, la naissance et l'entretien de l'enfant (art. 143). Si on prouvait que plusieurs hommes avaient eu des rapports avec la mère de l'enfant, on imposait à tous ceux qui avaient été mis en cause l'obligation de participer aux dépenses indiquées (art. 144).

Le C. de 1926 a introduit quelques modifications. La femme a *le droit*, dans la période de grossesse ou après la naissance, de faire la dénonciation attributive de la paternité (art. 28). Si le père prétendu ne fait pas opposition dans le délai d'un mois, à dater du jour où il a reçu l'avis, il est inscrit comme père de l'enfant mais il a, pendant un an, le droit d'introduire une action contre la mère à raison d'inexactitude de sa déclaration.

(art. 29). Si le tribunal reconnaît la paternité il impose au père l'obligation de participer aux frais de la grossesse et de la naissance ainsi qu'à l'entretien de la mère pendant la grossesse et pendant six mois après les couches (art. 31). Si on établit que la femme a eu des relations intimes avec plusieurs hommes, le tribunal prend une décision qui reconnaît *une* de ces personnes pour père de l'enfant et lui impose les obligations susdites (art. 32).

Le système des déclarations de grossesse, qui est sans doute intéressant pour aider à la recherche de la paternité, n'est pas une nouveauté de la législation soviétique. Dans l'ancien droit français, un édit d'Henri II de février 1556 prescrivait aux filles-mères une déclaration au début de leur grossesse; c'était une mesure destinée à éviter les suppressions d'enfants. Plus tard, ces déclarations, devenues des aveux facultatifs, constituaient une preuve de la maternité¹. Nous savons aussi que la preuve de la paternité par la seule déclaration de la mère existait en droit anglais.

L'obligation, imposée par le C. de 1918 à tous ceux qui avaient cohabité avec la mère pendant la période de la conception, de participer aux frais de la mère et à l'entretien de l'enfant, non seulement n'était pas sans exemple, mais aussi ne méritait pas d'être qualifiée de ridicule comme on l'a fait parfois. Il s'agissait simplement de charger les individus, qui auraient pu être

1. Colin et Capitant, *op. cit.*, t. I, p. 281.

les pères de l'enfant, d'une obligation qui, autrement, serait retombée en définitive sur toute la collectivité. On ne voulait pas multiplier les pères de l'enfant, mais au contraire, on essayait de restreindre en fait le nombre des personnes astreintes à son entretien.

Le nouveau système adopté par le C. de 1926, donnant au juge un pouvoir illimité pour déterminer qui est le père de l'enfant, n'est pas non plus une originalité de droit soviétique. Nous avons vu que le C. Brésilien ne prévoit pas l'*exceptio plurium* et qu'il laisse une liberté presque complète en matière de preuve de la paternité illégitime. A vrai dire, les systèmes de recherche de la paternité prévus par les deux Codes soviétiques de la famille ne sont pas des innovations si radicales qu'on le prétend souvent.

En ce qui concerne l'identité du traitement des enfants légitimes et des enfants illégitimes, non seulement elle se justifie par l'idéal d'égalité et par la conception du mariage en droit soviétique, mais elle est aussi, en quelque sorte, imposée par le système; le père n'ayant pas de droits sur le patrimoine de l'enfant, et pareillement l'enfant n'en ayant aucun sur les biens de ses parents (C. 1918, art. 160) et le droit de succession ayant été presque aboli (C. civil art. 416 et s.), on serait embarrassé pour trouver sur quoi peuvent porter les différences entre les enfants légitimes et les enfants illégitimes.

142. VII. Conclusions. — L'examen des principes directeurs de la filiation illégitime à travers les différentes législations que nous avons étudiées démontre qu'il y a une tendance très nette dans le sens d'accepter la libre recherche de la filiation naturelle et d'assimiler autant que possible, les enfants illégitimes aux enfants légitimes. Pour obtenir l'égalité du traitement, les législations tâchent de relever les enfants naturels au rang des enfants légitimes; le droit soviétique a fait, cependant, le contraire : il a descendu les enfants légitimes au niveau des enfants naturels.

La tendance à effacer, dans la mesure du possible, les différences entre les enfants légitimes et les enfants illégitimes est très justifiée. Il est injuste de punir dans les enfants innocents les fautes de leurs parents. D'autre part, il est vrai que, en plaçant les enfants naturels dans une situation inégale à l'égard des enfants légitimes, on poursuit le but très compréhensible de protéger le mariage, qui est la base de l'organisation sociale actuelle; on pousse les parents à s'unir légalement pour légitimer leurs enfants. Mais, dans grand nombre de cas, peut-être dans la majorité, les parents ne peuvent pas ou ne veulent pas se marier et si on applique un traitement de rigueur à ces enfants restés, malgré tout, illégitimes, dont le nombre est respectable, on risque de compromettre l'institution même qu'on veut défendre. En effet, les enfants illégitimes placés dans une situation désavantageuse sont autant de forces dressées contre

l'institution du mariage dans lequel ils voient la cause de leur infériorité.

Nous estimons, en conséquence, que, dans une réforme du C. Ch. on devrait introduire le principe de la libre recherche de la paternité illégitime et conférer aux enfants illégitimes des droits successoraux, même en face de descendants légitimes, en s'inspirant des solutions contenues dans le C. C. Suisse et dans le C. Brésilien, qui sont les deux législations ayant fait aux enfants illégitimes la situation la plus favorable.

On devrait aussi combler les lacunes et éliminer les doutes que nous avons énoncés à propos de la reconnaissance des enfants naturels.

CHAPITRE III

DES PREUVES DE L'ETAT CIVIL

143. Les actes de l'état civil. — Le C. Ch., qui ne contient pas un titre équivalant au titre II du Liv. I du C. F., relatif aux actes de l'état civil, renferme, par contre, un titre spécial intitulé « *Des preuves de l'état civil* » (Liv. I, Tit. XVII).

Lorsque le C. Ch. fut rédigé les actes de l'état civil étaient de la compétence de l'autorité ecclésiastique et il laissa subsister cet état de choses, qui dura jusqu'à l'organisation du Registre Civil par la loi du 17 juillet 1884 et le Règlement du 24 octobre de la même année. La réglementation des actes de l'état civil ne figure donc pas dans le texte du Code. Il serait sans intérêt de signaler ici plusieurs différences qu'on peut relever entre la législation chilienne sur les actes de l'état civil et les dispositions corrélatives du C. F. (art. 34-101)¹. Nous nous bornerons à donner une idée des dispositions contenues dans le Titre du Code destiné aux preuves de l'état civil.

1. On peut consulter un extrait de la loi sur le Registre civil dans la traduction du C. Ch. de M. H. Prudhomme, *Appendice IV*, p. 502 et s.

144. Le mariage et la filiation légitime. — Le C. Ch. ne fait pas de différence entre le mariage et la filiation légitime quant à la preuve. Au contraire du C. F. (art. 194 et s.; 319 et s.), le C. Ch. a adopté pour l'un et l'autre des moyens de preuves identiques. Ces moyens sont les suivants :

1) Les actes de l'état civil respectifs : l'acte de mariage et l'acte de naissance (art. 305).

2) A défaut des actes sus-énoncés, on admet la preuve par d'autres documents authentiques ou par témoins ayant assisté aux faits constitutifs de l'état civil (art. 309). La preuve subsidiaire est admise, même pour le mariage, dans tous les cas où l'acte de l'état civil fait défaut, le C. Ch. n'ayant pas employé l'expression de l'art. 46 du C. F. « lorsqu'il n'aura pas existé de registres ou qu'ils seront perdus », qui a obligé la doctrine et la jurisprudence françaises à adopter une interprétation extensive¹. La preuve subsidiaire par témoins n'exige pas non plus l'adminicule préalable du commencement de preuve par écrit ou des présomptions dont il est question dans l'art. 323 du C. F.

3) A défaut des preuves sus-énoncées, la possession d'état sert à établir le mariage et la filiation légitime si elle a duré au moins pendant dix années continues.

1. Colin et Capitant, *op. cit.*, t. I, p. 409; Baudry-Lacantinerie, *op. cit.*, t. I, n° 233; Planiol, *op. cit.*, t. I, n° 537; Planiol, Ripert et Savatier, *op. cit.*, n° 232 et s.; L. Josserand, *op. cit.*, t. I, n° 293.

(art. 309 et s.). Le C. F. ne fixe pas de délai (art. 320 et 321) et rejette, en principe, la possession d'état comme preuve du mariage (art. 194-197)¹.

145. La filiation illégitime. — Dans le titre qui nous occupe, le Code se borne à dire que « l'état civil de père, de mère ou d'enfant *naturel* devra se prouver au moyen de l'acte dressé à cet effet par les père et mère ou par l'un d'eux, conformément à ce qui est dit dans le titre « Des enfants naturels ». (art. 305 al.2). La filiation paternelle ou maternelle des enfants illégitimes non reconnus volontairement par acte solennel, doit être prouvée conformément aux moyens de l'établir autorisés par le loi (V. n° 126 et s.).

146. La mort et l'âge. — La mort et l'âge doivent être prouvées par l'acte de décès et par l'acte de naissance respectivement (art. 305 al. 3) et, à défaut, par d'autres instruments authentiques ou par témoins (art. 309). En ce qui concerne l'âge, le C. Ch. a édicté, en plus, une disposition spéciale ainsi conçue :

Art. 314. — « Lorsqu'il sera nécessaire de déterminer l'âge d'un individu, pour l'accomplissement d'actes ou l'exercice de charges exigeant un certain âge, et qu'il ne sera pas possible de le faire au moyen de documents ou de déclarations qui fixent l'épo-

1. Colin et Capitant, *op. cit.*, t. I, p. 154 et s.; Baudry-Lacantinerie, *op. cit.*, t. I, n° 491 et s.; Planiol, *op. cit.*, t. I, n° 869 et s.; Planiol, Ripert et Rouast, *op. cit.*, n° 219 et s.; L. Josserand, *op. cit.*, t. I, n° 888 et s.

« que de sa naissance, il sera attribué au dit individu
« un âge moyen entre l'âge maximum et l'âge mini-
« mum qui paraîtront compatibles avec son dévelop-
« pement et son aspect physique.

« Le juge, pour établir l'âge, entendra l'avis des
« médecins ou d'autres personnes idoines. »

147. L'autorité de la chose jugée. — A ce sujet le
C. Ch. a introduit quelques dispositions apportant
une exception à la règle de la relativité de la chose
jugée, consacrée par l'art. 3 al. 2. Ces dispositions
sont les suivantes :

Art. 315. — « La sentence judiciaire qui déclare
« vraie ou fausse la légitimité de l'enfant n'a pas seu-
« lement de valeur à l'égard des personnes qui ont
« été parties dans l'instance, mais, en outre, à l'égard
« de tous, en ce qui concerne les effets que la dite légi-
« timité entraîne.

« La même règle devra être appliquée à la décision
« qui déclare vraie ou fausse une maternité qui est
« contestée. »

Art. 316. — « Pour que les décisions dont il est parlé
« dans l'article précédent produisent les effets qui
« s'y trouvent spécifiés, il est nécessaire :

- « 1^o Qu'elles soient passées en force de chose jugée;
- « 2^o Qu'elles aient été prononcées contre un légi-
« time contradicteur;
- « 3^o Qu'il n'y ait pas eu collusion dans l'instance. »

Art. 317. — « Le légitime contradicteur, dans la
« contestation de la paternité, est le père contre l'en-
« fant, ou l'enfant contre le père et, dans la contes-
« tation de la maternité, l'enfant contre la mère ou
« la mère contre l'enfant.

« Toutes les fois que cette dernière contestation
« est de nature à compromettre la paternité de l'en-
« fant légitime, le père devra forcément intervenir
« dans l'instance à peine de nullité. »

Art. 318. — « Les héritiers représentent le contra-
« dicteur légitime qui vient à décéder avant la sen-
« tence, et le décret prononcé en faveur ou contre
« l'un quelconque d'entre eux profite ou préjudicie
« aux cohéritiers cités qui n'ont pas comparu ».

Art. 319. — « La preuve de la collusion dans l'ins-
« tance n'est recevable que dans les cinq ans qui sui-
« vent la sentence ».

Art. 320. — « Aucune prescription ni aucune sen-
« tence, entre quelles autres personnes qu'elle ait
« été prononcée, ne pourra être opposée à celui qui
« se présente comme le véritable père ou la véritable
« mère de celui qui passe pour être l'enfant d'autres
« personnes, ou comme l'enfant véritable du père ou
« de la mère qui le désavoue.

« Ceci s'entendra sans préjudice de la disposition
« contenue dans les art. 284 et 288, deuxième alinéa. »

Ces dispositions ont résolu, en partie, une question
très discutée et sur laquelle le C. F. a gardé le silence.

On a donné autorité absolue à la chose jugée dans certaines questions d'état en faisant intervenir la théorie du contradicteur légitime, dont la principale difficulté est la détermination des personnes auxquelles appartient cette qualité. Par les dispositions des art. 317 et 318 on a tâché de résoudre cette difficulté.

Nous devons signaler que les dispositions transcrites, ayant limité l'exception aux cas de déclaration de paternité ou de maternité légitime ou illégitime, autorisent à soutenir que, dans toutes les autres questions d'état, l'effet relatif de la chose jugée reprend sa vigueur. Cette conclusion est de nature à nous éloigner de certaines solutions admises par la doctrine française¹.

1. Colin et Capitant, *op. cit.*, t. I, p. 341 et s.; Baudry-Lacantinerie, *op. cit.*, t. I, n° 150 et 150 bis; Planiol, *op. cit.*, t. I, n° 440 et s.; Planiol, Ripert et Savatier, *op. cit.*, n° 28 et s.; L. Josserand, *op. cit.*, t. I, n° 1312-1316; L. Mazeaud, *De la distinction des jugements déclaratifs et des jugements constitutifs de droits*, *Revue trimestrielle de droit civil*, 1929, p. 46 et s.

CHAPITRE IV

DE L'OBLIGATION ALIMENTAIRE

148. Sa place dans le Code chilien. — Le C. Ch. a consacré à l'obligation alimentaire un titre spécial, au lieu de la réglementer incidemment parmi les obligations qui naissent du mariage comme l'a fait à tort le C. F. (art. 204 et s.); en effet, l'obligation alimentaire n'a pas son unique source dans le mariage. Le Titre XVIII du Livre I du C. Ch. est intitulé : « Des aliments dus en vertu de la loi à certaines personnes » et les dispositions qu'il contient sont plus complètes que celles du C. F. Nous signalerons, spécialement, les principales différences avec le droit français ainsi que quelques questions discutées qui ont été résolues.

149. Personnes tenues de la dette alimentaire. —

a) La dette alimentaire entre alliés, reconnue dans certains cas par le C. F., (art. 206) n'existe pas au Chili. Le C. Ch. est d'accord sur ce point avec les plus modernes législations (C. Allemand, art. 1601; C. C. Suisse, art. 328; C. Brésilien, art. 396 et s.)¹

1. C. Bufnoir, etc., *op. cit.*, t. III, art. 1601, note (1); Rossel et Mentha, *op. cit.*, t. I, n° 714; C. Bevilaqua, *op. cit.*, t. II, art. 398, ob.

b) Entre frères et sœurs légitimes existe l'obligation alimentaire (art. 321-8°). En droits français, au contraire, elle n'a jamais lieu entre collatéraux, solution critiquable¹ et qui n'a pas été suivie par un grand nombre de Codes. Entre autres, le C. Italien (art. 141), le C. Espagnol (art. 143). Le C. C. Suisse (art. 329), le C. Brésilien (art. 398), les Codes Soviétiques de la Famille (C. 1918, art. 172; C. 1926, art. 54) reconnaissent l'obligation alimentaire entre frères et sœurs.

c) Le père et mère doivent des aliments à leurs enfants « naturels » et à leur descendance légitime et, à son tour, l'enfant « naturel » doit des aliments à son père ou mère qui l'a reconnu (art. 321-4° et 5°). Ceux-ci ne peuvent néanmoins réclamer des aliments aux descendants légitimes de leurs enfants naturels; le C. Ch. ne contient pas de disposition analogue à celle de l'art 207 du C. F. qui consacre le principe de la réciprocité et, dans l'énumération des personnes entre lesquelles existe l'obligation alimentaire, on a mentionné seulement le père et la mère naturels.

En ce qui concerne les autres enfants illégitimes, c'est-à-dire ceux qui n'ont pas été reconnus volontairement par acte authentique, ils ont droit à demander des aliments à leurs père et mère après observation des règles données pour la recherche de la pa-

1. Colin et Capitant, *op. cit.*, t. I, p. 372; Planiol, *op. cit.*, t. I, n° 661; Planiol, Ripert et Rouast, *op. cit.*, n° 23; L. Josserand, *op. cit.*, t. I, n° 1140.

ternité et de la maternité illégitime. Ce droit ne s'étend pas aux descendants légitimes des enfants illégitimes non reconnus comme « *naturels* ». La mère illégitime mais non pas le père illégitime peut exiger des aliments de son enfant, à moins qu'elle ne l'ait abandonné dans son enfance (art. 321-6° et 7° et 291).

On le voit, en ce qui concerne l'obligation alimentaire dans la famille illégitime, le C. Ch. a adopté des solutions plus restreintes que d'autres législations.

Le C. F., — nous l'avons déjà dit, — a traité la dette alimentaire entre les obligations qui naissent du mariage; ce qui, à première vue, pourrait conduire à nier l'existence de l'obligation alimentaire entre les membres de la famille illégitime. Cependant, la disposition de l'art. 762 du même Code justifie pleinement la conclusion contraire, qui est, d'ailleurs, couramment admise. En effet, l'art. 762 accorde des aliments aux enfants incestueux et adultérins dans les successions de leurs parents, ce qui implique l'existence de l'obligation du vivant de ceux-ci. *A fortiori* la même obligation doit exister à l'égard des enfants naturels simples. D'autre part, le principe de la réciprocité de l'obligation alimentaire étant inscrit expressément dans l'art. 207, on doit admettre que les enfants illégitimes sont tenus de l'obligation alimentaire envers ses parents. Finalement, comme la loi reconnaît un lien légal de filiation entre le père et la mère illégitimes et les descendants légitimes de leurs enfants,

il semble que l'obligation de fournir des aliments doit s'étendre jusqu'aux dits descendants. En résumé, l'opinion courante en France reconnaît l'obligation alimentaire réciproque entre le père et la mère illégitime d'un côté et les enfants illégitimes et leurs descendants légitimes de l'autre, sauf néanmoins la restriction de l'art. 357, dont certains auteurs admettent l'extension aux aliments¹.

Le *C. Italien* a prévu expressément l'obligation alimentaire des parents naturels envers leurs enfants et les descendants légitimes de leurs enfants (art. 186). La réciprocité n'existe pas toujours dans la famille naturelle; l'art. 187 dit : « L'enfant naturel doit des aliments à son auteur quand celui-ci n'a pas d'ascendants ni de descendants légitimes ni d'époux qui soient dans la position de les lui fournir ».

Le *C. Espagnol* dans son art. 143, dit : « Sont tenus réciproquement à se fournir des aliments : 4^o Les père et mère et les enfants naturels reconnus et les descendants légitimes de ceux-ci ».

D'après le *C. Allemand*, dans la famille illégitime maternelle, l'obligation d'entretien existe dans les mêmes conditions que dans la famille légitime (art. 1705 et 1601). Du côté paternel, en principe, l'obligation n'existe pas, car elle a lieu entre parents, et le père

1. Colin et Capitant, *op. cit.*, t. I, p. 368-371; Baudry-Lacantinerie, *op. cit.*, t. I, n^o 523 et 931; Planiol, *op. cit.*, t. I, n^o 664-666; Planiol, Ripert et Rouast, *op. cit.*, n^o 25, 27 et 860; L. Josserand, *op. cit.*, t. I, n^o 1246, 1255 et 1262.

et l'enfant illégitime ne sont pas réputés parents (art. 1601 et 1589 al. 2). Cependant, comme nous le savons déjà, le père doit entretenir l'enfant illégitime et l'obligation est transmissible à ses héritiers, à la différence du devoir ordinaire d'entretien entre parents qui s'éteint par la mort de l'obligé (art. 1708, 1712 et 1615).

En *droit suisse*, l'obligation alimentaire existe entre les membres de la famille illégitime maternelle de la même façon que dans la famille légitime (art. 302 al. 1 et 328) et il en est de même pour la famille illégitime paternelle dans les cas où la paternité a été reconnue par acte authentique ou « *déclarée* » par jugement (art. 328, 303 et 323). Lorsque l'action en recherche de la paternité n'aboutit pas à une *déclaration de paternité*, mais que le jugement reconnaît la filiation paternelle avec les effets simplement alimentaires, l'obligation d'entretien existe à l'égard du père illégitime et de ses héritiers envers l'enfant (art. 319, 320 et 322).

Sous le *C. Brésilien*, l'obligation alimentaire dans la famille illégitime a le même étendue que dans la famille légitime (art. 396 et s.)

En conséquence nous pouvons affirmer que le *C. Ch.* a établi l'obligation alimentaire dans des limites trop restreintes à l'égard de la famille illégitime. Dans une réforme du Code on devrait donc étendre l'obligation alimentaire dans la famille illégitime en l'assimilant, dans la mesure du possible, à celle qui existe entre les membres de la famille légitime.

d) L'obligation alimentaire du donataire envers le

donateur, énoncée indirectement par l'art. 955-3° du C. F. a été consacrée directement par le C. Ch. (art. 321-9°). Le C. Ch. reconnaît aussi l'obligation alimentaire envers l'ex-religieux qui, par suite de sa sortie du cloître, n'est pas entré dans les biens qui à raison de sa mort civile, étaient passés dans d'autres mains (art. 321-10°).

150. Obligation successive. — Le C. F. n'a pas résolu la question de savoir si entre les différentes personnes tenues de la dette alimentaire l'obligation est simultanée ou successive¹. Le C. Ch. a édicté expressément l'obligation successive; après avoir fixé l'ordre dans lequel les obligés sont tenus. L'art. 326 ajoute : « Ce n'est qu'en cas d'insuffisance du titre préférable que l'on pourra recourir à un autre ».

151. Etendue et caractères de la dette alimentaire. — *Aliments congrus et aliments nécessaires.* — Le C. Ch. distingue entre deux catégories d'aliments : les aliments *congrus*, qui sont ceux qui permettent à l'alimentaire de vivre modestement mais d'accord avec sa position sociale et les aliments *nécessaires*, qui lui donnent seulement ce qui suffit pour vivre. Le Code détermine les personnes auxquelles ont droit les uns et les autres (art. 323 et 324). Cette distinction, qui ne figure pas dans le C. F. a pour objet de graduer les aliments d'après la force du lien obligatoire.

1. Colin et Capitant, *op. cit.*, t. I, p. 379; Baudry-Lacantinerie, *op. cit.*, t. I, n° 537; Planiol, *op. cit.*, t. I, n° 672-673; Planiol, Ripert et Rouast, *op. cit.*, n° 37-38; L. Josserand, *op. cit.*, t. I, n° 1153.

152. Indivisibilité et solidarité.— Le C. Ch., pas plus que le C. F.¹, n'a donné une solution directe à la question de savoir si l'obligation est indivisible ou solidaire dans les cas où plusieurs personnes sont tenues en même temps de la dette alimentaire. On doit donc s'en tenir aux principes généraux qui conduisent à rejeter l'indivisibilité et la solidarité. Mais, en ce qui concerne l'intérêt de l'alimentaire, l'art. 326 contient un alinéa, que nous avons transcrit plus haut, lui permettant de ne pas souffrir de l'insolvabilité d'un ou de plusieurs débiteurs conjoints. En effet, si, selon l'art. 326, on ne peut recourir à un autre titre que dans le cas d'insuffisance du titre dréférable il est évident que, lorsque plusieurs personnes se trouvent obligées en même temps, l'insolvabilité de l'une d'elles affecte les autres. Si, par exemple, l'obligation alimentaire retombe sur plusieurs ascendants du même degré, l'intéressé ne pourra pas demander la totalité à l'un d'eux à son choix, mais si parmi les ascendants obligés, il y a un ou plusieurs insolvable, les autres seront chargés de leur part. Dans ce sens la dette alimentaire se rapproche de l'obligation solidaire.

L'art. 52 du Code Soviétique de la Famille de 1926 a donné une solution expresse en disant : « Les personnes tenues conjointement à fournir l'entretien répondent par parts égales, sauf dans le cas où le tribunal, à raison

¹ Colin et Capitant, *op. cit.*, t. I, p. 379-380; Baudry-Lacantinerie, *op. cit.*, t. I, n° 544; Planiol, *op. cit.*, t. I, n° 685; Planiol, Ripert et Rouast, *op. cit.*, n° 55; L. Josserand, *op. cit.*, t. I, n° 1167.

de la situation patrimoniale différente des personnes obligées, ou de l'absence de l'une quelconque d'entre elles, ou par d'autres raisons valables, juge nécessaire de fixer telle ou telle autre portion de participation à l'accomplissement de cette obligation » (V. C. 1918, art. 175).

153. Transmissibilité. — Au sujet du *droit* d'exiger des aliments, l'art. 334 dit : Le droit de demander des aliments ne peut être transmis à cause de mort, ni vendu, ni cédé d'une manière quelconque, ni être l'objet d'une renonciation ». Cette disposition qui n'existe pas dans le C. F., en même temps qu'elle déclare intransmissibles le *droit* de demander des aliments, donne la solution d'autres questions qu'on aurait pu soulever en absence du texte.

Quant à la transmissibilité de l'*obligation* alimentaire, dans le projet de C. Ch. de 1853 on avait reconnu expressément qu'elle passait aux héritiers, en se conformant ainsi à l'opinion alors prédominante en France. Le Code n'a pas gardé l'article du projet et, dans le Livre consacré aux Successions, il y a, par contre, des dispositions adoptant l'idée contraire, au moins dans une certaine mesure. L'art. 959 dispose que, pour déterminer la masse liquide de la succession, il faut déduire, entre autres choses, les assignations alimentaires forcées; l'art. 116 mentionne en premier lieu parmi les assignations forcées, les aliments qui sont dus en vertu de la loi à certaines personnes et les articles suivants donnent quelques

précisions sur le paiement des aliments par la succession. Il est donc hors de doute qu'après la mort de l'obligé, l'obligation continue. Ce qui est discutable est de savoir si les héritiers sont obligés *ultra vires* et on peut discuter aussi sur le point de savoir si la succession est obligée seulement dans le cas où les aliments auraient été déjà demandés du vivant du défunt ou si l'on peut les demander pour la première fois à la succession.

Il conviendrait d'éliminer ces difficultés par des dispositions précises. Nous signalons que la doctrine française actuelle est favorable au principe de l'intransmissibilité¹ et que c'est dans le même sens que se prononcent la plupart des législations (C. Italien, art. 146; C. Espagnol, art. 150; C. Allemand art. 1615; C. Brésilien, art. 402).

154. Le bénéfice de compétence.— A la différence du C. F.² le C. Ch. admet le bénéfice de compétence (art. 1625-1627). Dans le cas où ce bénéfice est accordé à des personnes qui ont, en même temps, le droit de demander des aliments, elles doivent choisir entre les deux, sans pouvoir les cumuler (art. 1627)³.

1. Aubry et Rau, *op. cit.*, t. IX, § 553, note 10, p. 156-157; Colin et Capitant, *op. cit.*, t. I, p. 380 et s.; Baudry-Lacantinerie, *op. cit.*, t. I, n° 549; Planiol, *op. cit.*, t. I, n° 686; Planiol, Ripert et Rouast, *op. cit.*, n° 49; L. Josserand, *op. cit.*, t. I, n° 1168.

2. Planiol, *op. cit.*, t. I, n° 675; Planiol, Ripert et Rouast, *op. cit.*, n° 46; Baudry-Lacantinerie, *op. cit.*, t. I, n° 550.

3. J. C. Fabres, *op. cit.*, t. II, note 66.

TITRE III

LES INCAPABLES

CHAPITRE PREMIER

LES MINEURS

SECTION I

MINORITE ET MAJORITE

155. Pour établir les différentes périodes qui marquent l'évolution de la capacité des sujets selon leur âge, le C. Ch. ne s'est pas inspiré du C. F.; il a suivi dans ses lignes générales le système romain.

L'enfant (infante o niño).— On appelle ainsi les mineurs qui n'ont pas accompli leur septième année (art. 26 al. 1). Pendant cette étape, l'incapacité est absolue (art. 1447, al. 1); l'enfant ne peut même acquérir par sa volonté la possession (art. 723, al. 2) et il n'est pas responsable pour délit ou quasi-délit (art. 2319 al. 1).

L'impubère.— Cette dénomination s'applique aux hom-

mes qui n'ont pas accompli leur quatorzième année et aux femmes qui n'ont pas accompli leur douzième année (art. 26 al. 1). L'impubère sorti de l'*infantia* continue à être absolument incapable (art. 1447 al. 1), mais il peut, par sa volonté, acquérir la possession (art. 723 al. 2 *a contrario*) et il peut être sujet à la responsabilité délictuelle lorsqu'il a agi avec discernement (art. 2319 al. 1)¹. Les impubères qui ne sont pas sous puissance paternelle doivent être représentés par un *tuteur* (art. 341).

L'adulte.— On appelle adultes ceux qui ont atteint l'âge de la puberté (art. 26 al. 1). Le mineur adulte peut se marier et faire son testament (art. 1005); il est responsable de ses délits ou quasi-délits à partir de sa seizième année et avant cet âge s'il a agi avec discernement (art. 2319 al. 2)²; son incapacité générale est seulement relative (art. 1447 al. 3). Dans les cas où le mineur adulte n'est pas sous la puissance paternelle, il a besoin d'un *curateur*, qui le *représente* ou l'*autorise* (art. 342).

Le majeur.— L'âge de la majorité a été fixée par le C. Ch. à 25 ans révolus (art. 26 al. 1). Avant l'arrivée de cet âge on peut acquérir une capacité presque complète au moyen de l'habilitation d'âge, qui peut être accordée dans certains cas à ceux qui ont accompli 21 ans (art. 297 et s.).

1. En matière criminelle, le Code pénal avait porté l'âge de l'irresponsabilité jusqu'à 10 ans (art. 10-2°), mais la loi sur la protection des mineurs du 18 octobre 1928 (art. 38) l'a relevé à 16 ans.

2. En matière criminelle, d'après le Code pénal (art. 10-3°), ceux qui avaient accompli leur 10^e année, mais qui n'avaient pas atteint leur 16^e année, étaient responsables seulement dans les cas qu'il était démontré qu'ils avaient agi avec discernement. Depuis la loi du 18 octobre 1928 (art. 38), cette période va de la 16^e année à la 20^e année.

Le système adopté par le C. Ch. mérite d'être critiqué surtout en raison de l'âge fixé pour la majorité. Le C. F. (art. 388 et 488), le C. Italien (art. 240 et 323), la législation anglaise¹, le C. Allemand (art. 2), le C. Autrichien réformé (art. 21), le C. Brésilien (art. 9) ont fixé la majorité à 21 ans; le C.C. Suisse à 20 ans (art. 14) et le C. Civil Soviétique à 18 ans (art. 7). Il est vrai que l'habilitation d'âge apporte un remède aux inconvénients de la majorité tardive, mais il serait beaucoup plus simple et logique, à notre époque, de fixer l'âge de la majorité à 21 ans d'accord avec la plupart des législations.

SECTION II

LA PUISSANCE PATERNELLE

156. La puissance paternelle, dans le sens étendu de cette expression, a été définie en droit français : « L'ensemble des droits qui appartiennent au père et à la mère sur la personne et les biens de leurs enfants² ». Cette conception ne correspond pas exactement à l'idée de « *patria potestad* » contenue dans le C. Ch. Celle-ci est une notion restreinte qui comprend seulement l'ensemble des droits que la loi accorde aux parents *légitimes* sur leurs enfants non émancipés, ou, plus précisément, le droit de les représenter ou les autoriser et le droit d'administrer leurs biens ou d'en jouir (Liv. I Tit. X art. 240 et s.). Tous les

1. A. Curti, *op. cit.*, p. 30.

2. Aubry et Rau, *op. cit.*, t. 12, § 549, p. 108.

autres droits et obligations existant entre les enfants légitimes ou illégitimes, mineurs ou majeurs, et leurs père et mère ou les personnes qui les remplacent ont été réglementés séparément et restent en dehors de la notion technique de « *patria potestad* » (L. V. 1, tit. IX, XIII et XIV).

Pour préciser la notion de « *patria potestad* » sous le C. Ch. on ne pourrait pas la rattacher aux droits des parents sur les biens des enfants légitimes. En effet, la « *patria potestad* » comprend le droit de représentation légal, droit qui vise aussi bien la personne que le patrimoine de l'enfant et plutôt la personne que le patrimoine. L'art. 1630 du C. Allemand dit que « le soin de la *personne* et du *patrimoine* comprend la représentation de l'enfant »; l'art. 279 du C.C. Suisse qui accorde le droit de représentation légale, n'a pas été placé dans le chapitre spécial destiné aux « Biens des enfants » et le C. Brésilien énonce le dit droit dans l'art. 384, qui est contenu dans une section intitulée « De la puissance paternelle quant à la *personne* de l'enfant ».

La distinction introduite par le C. Ch. se justifiait par une raison de méthode et de précision dans le langage. Il est logique, en effet, de réglementer séparément des droits soumis à des règles différentes et il était très juste de réserver l'expression « *patria potestad* » à l'ensemble de ceux dont seulement le père pouvait être le titulaire (art. 241). On ne peut dire de même aujourd'hui, la « *patria potestad* » pouvant appartenir aussi à la mère légitime depuis la lois du 12 mars 1925.

Le C. Allemand (art. 1626 et s.) le C. C. Suisse (art. 273 et s.), le C. Brésilien (art. 379 et s.) d'après lesquels la mère n'est pas exclue de la puissance paternelle, ne font pas de distinction et, à l'égal du droit français, ils comprennent sous la même conception tous les droits et tous les devoirs.

Nous suivrons dans notre étude la division adoptée par le Code.

§ 1. Des droits et des devoirs entre parents et enfants

157. I. Enfants légitimes. — A). — *Obligation de respect, obéissance et secours.* — La disposition de l'art. 371 du C. F. a été adoptée par les art. 219-221 du C. Ch. On y a spécifié que les enfants légitimes, même majeurs, sont tenus de prendre soin de leurs père et mère dans la vieillesse, lorsqu'ils sont en état de démence et dans toutes les circonstances de la vie où ils ont besoin de leurs secours et on a ajouté que les ascendants légitimes autres que les père et mère ont les mêmes droits que ceux-ci en cas d'inexistence ou d'insuffisance de leurs ascendants immédiats.

On ne pourrait pas dire de ses dispositions qu'elles renferment des règles morales dépourvues d'effets juridiques, comme il a été dit à propos des art. 371 du C. F.¹, 220 du C. Italien² et 271 du C. C. Suisse³. Le C. Ch. a

1. Colin et Capitant, *op. cit.*, t. I, p. 441; Baudry-Lacantinerie, *op. cit.*, t. I, n° 966; Planiol, *op. cit.*, t. I, n° 1644; Planiol, Ripert et Savatier, *op. cit.*, n° 306.

2. R. de Ruggiero, *op. cit.*, t. II, p. 660.

3. Rossel et Mentha, *op. cit.*, t. I, n° 619.

prévu des sanctions. Parmi les causes d'exhérédation d'un descendant ou d'un ascendant, l'art. 1208 mentionne au n^o 1^o les injures graves commises contre la personne ou contre l'honneur du testateur, et, au n^o 2^o, le fait de ne l'avoir secouru en ayant les moyens de le faire, alors qu'il se trouvait en état de démence ou d'indigence. Ce deuxième motif d'exhérédation est en même temps une cause d'indignité pour les consanguins jusqu'au sixième degré (art. 968-3^o).

158. Le droit de garde. — Dans l'état normal du mariage les enfants sont sous la garde de leurs père et mère, mais les droits qui en découlent sont exercés par le père et en cas d'incapacité ou d'empêchement de celui-ci, par la mère.

Dans le cas de séparation de corps, le C. Ch. a adopté une règle différente de celle énoncée en matière de divorce par les art. 302 et 303 du C. F. que l'on s'accorde à déclarer applicables à la séparation de corps. Le C. Ch. n'attribue pas, en principe, la garde des enfants au conjoint au profit duquel la séparation de corps a été prononcée. Les enfants âgés de moins de cinq ans, sans distinction de sexe, et les filles de tout âge sont confiés à la mère, à moins que l'adultère de celle-ci n'ait été la cause de la séparation de corps ou que sa dépravation ou un autre motif la rendent incapable d'exercer la garde. Les garçons qui ont atteint l'âge de cinq ans sont confiés au père, sauf s'il se trouve empêché par son inconduite ou par une autre cause. A la différence

de la femme, le mari n'est pas nécessairement privé du droit de garde par le seul fait d'avoir occasionné la séparation de corps par son adultère. Les enfants dont la garde n'est pas attribuée à un conjoint sont confiés à l'autre, si ce dernier ne se trouve aussi dans un cas d'incapacité (art. 224 et 225).

Le C. Ch., de même que le C. F., n'a pas prévu l'hypothèse de l'annulation du mariage, ce qui a obligé la jurisprudence française à faire application des dispositions relatives à la séparation de corps¹. D'autres législations contiennent des dispositions expresses (C. Allemand, art. 1700; C. C. Suisse, art. 133; C. Brésilien, art. 328).

Dans les cas d'inhabilité du père ou de la mère, les enfants sont confiés à d'autres personnes; doivent être préférés les ascendants légitimes et les consanguins les plus proches (art. 225). D'après la loi sur la protection des mineurs du 18 octobre 1928, à défaut d'ascendants ou de consanguins légitimes, le juge doit confier la garde de l'enfant à une maison de correction, à un établissement charitable ayant la personnalité juridique ou à un autre établissement autorisé par le Président de la République. Cette loi détermine aussi les cas dans lesquels on doit estimer que les parents sont, physiquement ou moralement, incapables d'exercer la garde (art. 31 et 22).

159. Le droit de correction. — Le droit de correction avait été réglementé par les art. 233 et 234, qui confé-

1. Planiol, Ripert et Savatier, *op. cit.*, n° 313.

raient aux personnes à qui appartient la garde personnelle des enfants, la faculté de les châtier modérément et, au besoin, de les faire détenir dans un établissement correctionnel. Sauf quelques différences de détail, le droit de correction par voie d'emprisonnement avait été réglementé d'une façon analogue au C. F. et il méritait, en conséquence, les mêmes critiques¹. Depuis la loi précitée sur la protection des mineurs, l'emprisonnement par voie de correction paternelle a été supprimé. D'après l'art. 37 la personne qui a la garde de l'enfant peut seulement recourir au Tribunal des mineurs, qui pourra ordonner que l'enfant soit placé dans un établissement spécial pendant le délai que le juge estime convenable, sans dépasser toutefois le temps qui manque au mineur pour atteindre l'âge de vingt ans.

160. Le droit d'éducation et de direction. — A ce sujet, les art. 235 et 236 du C. Ch. contiennent des dispositions spéciales, qui sont à peu près d'accord avec les solutions admises en France par la pratique². Les personnes à qui appartient la garde ont le droit de diriger l'éducation de l'enfant de la manière qu'elles croient la plus utile pour lui. Elles ont aussi le droit de choisir l'état et la profession future de l'enfant, mais elles ne peuvent pas l'obliger à se marier contre sa volonté ni s'opposer à ce que l'enfant parvenu à l'âge de 21 ans embrasse une

1. Planiol, Ripert et Savatier, *op. cit.*, n° 348.

2. Planiol, Ripert et Savatier, *op. cit.*, n° 334.

carrière honnête plus à son goût que celle qui lui avait été imposée. On a critiqué comme excessif l'âge de 21 ans fixé pour rendre à l'enfant la liberté de choisir sa profession¹.

161. Déchéance des droits. — A propos de la déchéance des droits, que nous venons d'indiquer, le C. Ch. contient les dispositions suivantes :

Art. 237. — « Les droits accordés aux père et mère « légitimes dans les articles précédents ne pourront pas « être réclamés sur l'enfant qui aura été porté par eux « à la Maison des enfants exposés (*Casa de Expósitos*) « ou abandonnés d'une autre manière. »

Art. 238. — « Encourront la même privation de « droits sus-mentionnés les père et mère qui, à raison « de leur mauvaise conduite, ont donné lieu à la mesure « les séparant de leurs enfants, à moins que cette mesure « n'ait été, depuis, rapportée. »

Art. 239. — « Si l'enfant abandonné par ses père et « mère a été nourri et élevé par une autre personne, et « que ses père et mère veuillent le soustraire à la puis- « sance de cette personne, ils devront payer les frais « de son instruction et éducation, suivant taxe du juge. »

Ces dispositions, ainsi que celles que nous verrons à propos de la « *patria potestad* », démontrent que le C. Ch. avait pourvu à la protection des enfants bien avant la promulgation des lois françaises qui ont comblé

1. L. Claro, *op. cit.*, t. III, n° 1434.

la lacune signalée dans le C. F. au sujet de la déchéance de la puissance paternelle¹.

162. B) Devoir d'entretien et d'éducation. — Parallèlement aux droits conférés aux parents sur les enfants, la loi leur impose l'obligation de les éduquer et de les entretenir (art. 223). L'étendue de l'obligation d'élever l'enfant, qui a donné lieu en France à différentes opinions², n'a pas été précisée non plus par le C. Ch. dans une disposition directe. Il y a un minimum d'instruction qui est dû à tout enfant selon la loi sur l'éducation primaire obligatoire. D'autre part, les art. 431 et 438 du Code, relatifs aux obligations des tuteurs et curateurs, disent que l'enfant doit être entretenu et élevé selon le rang social de la famille; ces dispositions peuvent être appliquées par analogie aux parents.

En ce qui concerne les frais d'entretien et d'éducation, des dispositions des art. 228 et s., 1740 et 1744 on peut dégager les conclusions suivantes :

a) Si l'enfant n'a pas des biens propres, ce devoir pèse sur ses père et mère. Sous le régime de la communauté légale, l'obligation est à la charge de la communauté. Dans le cas de séparation de corps ou de sépa-

1. Colin et Capitant, *op. cit.*, t. I, p. 464 et s.; Baudry-Lacantinerie, *op. cit.*, t. I, n° 997 et s.; Planiol, *op. cit.*, t. I, n° 1732 et s.; Planiol, Ripert et Savatier, *op. cit.*, n° 384, et s.; L. Josserand, *op. cit.*, t. I, n° 1117 et s.

2. F. Laurent, *op. cit.*, t. III, n° 42; Demolombe, *Traité du mariage*, t. II, n° 613; Aubry et Rau, *op. cit.*, t. IX, § 547, p. 104; Baudry-Lacantinerie, *op. cit.*, t. I, n° 514.

ration de biens, l'obligation incombe au père, mais la mère doit contribuer dans la mesure déterminée par le juge.

b) Si l'enfant a des biens personnels sous la jouissance légale, les revenus ne sont pas affectés directement à l'entretien et à l'éducation de l'enfant. Le C. Ch. ne contient pas une disposition analogue à celle de l'art. 385 du C. F. qui détermine les charges de la jouissance légale et oblige l'époux bénéficiaire à destiner les revenus, entre autres choses, à « la nourriture, l'entretien et l'éducation » de l'enfant. De cette disposition les auteurs déduisent que, si les revenus sont suffisants à cet objet, l'époux qui n'a pas la jouissance se trouve déchargé de l'obligation dont il est tenu en vertu de l'art. 203¹. Au Chili, il n'en est pas de même, les revenus des biens de l'enfant dont jouit l'un des époux n'étant pas directement affectés à l'entretien de l'enfant, le fait de la suffisance de ses revenus ne décharge pas nécessairement l'autre conjoint de son obligation. Ceci a de l'importance dans le cas de séparation de corps ou de séparation de biens. Le conjoint dépourvu de la jouissance légale pourra être obligé à contribuer aux frais d'entretien même dans les cas où les revenus de la jouissance légale, perçus par l'autre conjoint, suffisent. Certes, le juge tiendra compte du montant des revenus pour

1. Aubry et Rau, *op. cit.*, t. IX, § 550 *bis*, p. 124; Colin et Capitant, *op. cit.*, t. I, p. 457; Baudry-Lacantinerie, *op. cit.*, t. I, n° 986; Planio l. *op. cit.*, t. I, n° 1701; L. Josse'aud, *op. cit.*, t. I, n° 1112.

régler la contribution, mais il n'est pas obligé de le décharger dans la mesure des revenus.

c) Si l'enfant a des biens personnels non soumis à la jouissance légale, les frais d'établissement et les dépenses extraordinaires d'éducation lui ayant été efficacement utiles peuvent être pris sur ses biens, à la condition de conserver intacts les capitaux autant que possible. Les frais d'entretien et les frais ordinaires d'éducation ne peuvent être prélevés sur les dits biens que dans les cas de défaut de moyens pour les parents; l'obligation de ceux-ci n'est donc pas subsidiaire, comme il est admis en droit français¹.

d) Après la mort de l'un des parents, l'obligation d'entretien et d'éducation sera à la charge du survivant dans les termes que nous avons indiqués à la lettre c (art. 229). A défaut des père et mère, ou en cas d'insuffisance des ressources de ceux-ci l'obligation de nourrir et d'élever l'enfant passe aux aïeuls légitimes des deux lignes conjointement; leur contribution sera fixée par le juge en proportion de leurs ressources (art. 231).

Nous ajoutons que l'art. 232 a introduit une disposition réglementant l'obligation de rembourser les frais que des tierces personnes pourraient avoir fait dans l'intérêt de l'enfant².

163. II. Enfants « naturels ». — Les droits et les obli-

1. Aubry et Rau, *op. cit.*, t. IX, § 547, texte et note 3, p., 104; Planiol, *op. cit.*, t. I, n° 1684; Planiol, Ripert et Savatier, *op. cit.* n° 339; L. Josserand, *op. cit.*, t. I, n° 1103.

2. Planiol, Ripert et Savatier, *op. cit.*, n° 339.

gations entre parents et enfants légitimes, que nous venons d'exposer, existent aussi entre l'enfant naturel et le père et la mère qui l'ont reconnu. La loi renvoie aux mêmes dispositions en tenant compte, toutefois de la situation spéciale de l'enfant « naturel » (Liv. I, Tit. XIII, art. 276-279).

Le C. Ch. n'accorde pas la prééminence dans l'exercice des droits sur l'enfant « naturel » à celui des parents qui l'aura reconnu le premier. L'exercice de ces droits appartient au père, même s'il a fait la reconnaissance après la mère; celle-ci les exerce seulement à défaut du père, ou s'il est inhabilité. Néanmoins, l'art. 368 appelle à la tutelle ou à la curatelle légales de l'enfant « naturel » le père ou la mère qui l'a reconnu le premier et le père, si tous les deux l'ont reconnu en même temps. Cette différence ne pourrait être justifiée que par de faibles raisons. Il serait plus logique d'attribuer la tutelle ou la curatelle¹ à celui des parents qui exerce l'autorité paternelle et d'accorder celle-ci au père ou à la mère qui, le premier, a reconnu l'enfant, ou au père si la reconnaissance a été simultanée, en réservant toutefois au tribunal la faculté de statuer autrement, si l'intérêt de l'enfant l'exige. Tel est le système adopté par la loi du 2 juillet 1907 qui a modifié les art. 383 et 389 du C. F. et a mis fin aux difficultés occasionnées par le silence du Code Napoléon.

1. Au Chili la tutelle est réservée seulement aux impubères.

164. III. Enfant illégitimes non reconnus solennellement. — Les enfants illégitimes qui n'ont pas été l'objet d'une reconnaissance volontaire et solennelle ont seulement le droit d'exiger des aliments *nécessaires*, c'est-à-dire dans la mesure qui sera strictement indispensable pour leur subsistance (art. 285 et 324), sauf dans le cas de rapt; les aliments doivent alors être proportionnés, dans la mesure du possible, au *rang social* de la mère (art. 287). Le C. Ch. ne signale pas d'autre droit ni d'autre obligation entre parents et enfants illégitimes non reconnus comme « naturels ».

La différence faite par le législateur entre les enfants illégitimes, selon la manière dont la filiation a été établie n'est pas justifiée et on ne la trouve pas, au moins avec la même portée, dans les législations plus avancées. En droit français, la puissance paternelle sur les enfants *volontairement* ou *judiciairement* reconnus est soumise aux mêmes règles¹. Le C. C. Brésilien (art. 379 et s.) ne distingue pas entre les enfants dont la filiation illégitime résulte d'une reconnaissance volontaire et ceux dont la filiation a été déclaré par jugement.

D'après l'art. 317 du C. C. Suisse : « Les enfants naturels qui restent à leur mère portent le nom de sa famille-acquièrent son droit de cité et ont, tant envers elle qu'envers ses parents, les droits et les devoirs résultant de la filiation illégitimes. Les obligations de la mère sont les

1. Aubry et Rau, *op. cit.*, t. IX, § 571, p. 306 et s.

mêmes que si l'enfant était légitime »; et, en ce qui concerne la filiation paternelle, l'art. 325 dit : « L'enfant dont la filiation paternelle résulte d'une reconnaissance ou d'un jugement déclaratif de paternité porte le nom de famille de son père, acquiert son droit de cité et a, dans la famille tant du père que de la mère, les droits et les devoirs résultant de la filiation illégitime. Les obligations du père sont les mêmes que si l'enfant était légitime ». Comme on le voit, le C. C. Suisse ne fait pas de distinction entre la filiation illégitime établie par reconnaissance volontaire et celle qui résulte d'une déclaration judiciaire.

Le C. Allemand qui, nous le savons déjà, rattache l'enfant illégitime à la mère, ne fait pas non plus de distinction. L'enfant a, vis-à-vis d'elle, la condition légale d'enfant légitime et, quoique la mère n'ait pas la puissance paternelle sur l'enfant illégitime, elle a envers lui des droits et des devoirs (art. 1705 et 1707). D'autre part, le père doit assurer à l'enfant un entretien conforme à la condition légale de la mère (art. 1708).

§ II La « patria potestad »

1. Des sujets et des effets de la « patria potestad »

165. Notion de la « patria potestad » et personnes à qui appartient.— Nous avons dit que la notion de « *patria potestad* » sous le C. Ch. n'est pas équivalente à l'idée de puissance paternelle du droit français. La « *patriapotestad* » comprend seulement le droit de représenter ou d'auto-

riser l'enfant et le droit d'administrer ses biens et d'en jouir (art. 240 et s.).

Le C. Ch. avait fait de la « *patria potestad* » un privilège exclusif du père légitime. La loi du 12 mars 1925, réparant l'injustice commise à l'égard de la mère lui a accordé la « *patria potestad* » dans les cas de mort naturelle, civile, ou présumée du père, dans les cas d'interdiction de celui-ci, ou lorsqu'il a été déchu de la puissance paternelle par l'émancipation judiciaire de l'enfant. En cas de séparation de corps fondée sur la faute du mari la femme exerce aussi la « *patria potestad* » sur les enfants qui lui sont confiés (art. 2 et 4). En dehors des père et mère légitimes, il n'y a pas d'autres personnes qui jouissent de la « *patria potestad* ». L'enfant illégitime doit être toujours pourvu d'un tuteur ou d'un curateur selon son âge (art. 338, 341 et 342); ses parents n'ont jamais le droit d'usufruit légal. La situation des parents illégitimes, sous le C. Ch. est donc un peu différente de celle qui est prévue par les art. 384 et 389 du C. F., réformés par la loi du 2 juillet 1907, selon lesquels, celui des parents qui exerce la puissance paternelle administre les biens de l'enfant en qualité de tuteur légal, mais possède le droit de jouissance.

166. Le droit d'usufruit légal. — a) Le C. Ch. suivant le droit romain et l'ancien droit espagnol, a adopté dans sa terminologie la dénomination de « *peculios* » pour désigner les différentes catégories des biens de l'enfant.

On appelle « *pecule professionnel ou industriel* » l'ensemble des biens acquis par l'enfant dans l'exercice de

toute profession libérale, de toute industrie ou office mécanique. Ces biens ne sont pas soumis à l'usufruit légal des parents (art. 243); la condition que les biens proviennent d'un travail ou d'une industrie séparée, prévue par l'art. 387 du C. F., n'est pas exigée par le C. Ch.

Le « *pécule adventice extraordinaire* » comprend les autres biens de l'enfant non soumis à l'usufruit légal des parents, c'est-à-dire les biens acquis à titre de donation, de succession ou legs, lorsque le donateur ou testateur a disposé expressément que l'usufruit des dits biens appartiendrait à l'enfant et non pas aux parents et, finalement, les successions ou legs qui ont été dévolus aux fils pour cause d'incapacité, d'indignité ou d'exhérédation des parents (art. 243-2° et 3°).

On appelle « *pécule adventice ordinaire* » l'ensemble des biens de l'enfant soumis à l'usufruit légal, c'est-à-dire ceux qui ne sont pas compris dans les deux autres « *pécules* ».

b) Le C. Ch. n'a pas adopté la disposition de l'art. 385 du C. F. qui énumère les charges de la jouissance légale. Ceci ne veut pas dire que le titulaire de l'usufruit légal soit déchargé de ces obligations, mais l'absence du texte en question élimine certaines conséquences qu'on a tirées de lui en droit français, spécialement en ce qui concerne l'entretien et l'éducation de l'enfant¹.

c) La jouissance légale dure jusqu'à l'émancipation (art. 244). Elle ne se termine pas par le seul fait que l'en-

1. Aubry et Rau, *op. cit.*, t. IX, § 550 bis, p. 124-125.

fant atteint l'âge de 18 ans comme le dispose l'art. 384 du C. F. Elle ne prend pas fin non plus quand le titulaire est privé de l'administration légale; dans ce cas il aura droit aux fruits liquides, déduction faite des frais d'administration (art. 252). De cette disposition on a déduit que l'abus de jouissance n'est pas une cause d'extinction de l'usufruit légal des parents¹, contrairement à ce qu'on décide en droit français².

167.— L'administration légale.— Au sujet de l'administration légale, le C. F., présentait une sérieuse lacune; le laconisme des textes avait donné lieu à une série de difficultés qui se perpétuèrent jusqu'à la loi du 6 avril 1910³. Le C. Ch. corrigea de bonne heure les défauts de son modèle.

a) En ce qui concerne les pouvoirs de l'administrateur légal, les art. 255 et 256 sont ainsi conçus :

Art. 255.— « Les immeubles de l'enfant ne pourront, « en aucun cas, être aliénés ni hypothéqués, même lorsqu'ils dépendent de son pécule professionnel, sans l'autorisation du juge donnée en connaissance de cause ».

Art. 256.— « Le père ne pourra disposer à titre gratuit d'aucune partie des biens de l'enfant, ni les donner à bail pour une longue durée, ni accepter ou répudier une succession déférée à l'enfant, autrement que dans

1. L. Claro, *op. cit.*, t. III, n° 1547.

2. Colin et Capitant, *op. cit.*, t. I, p. 456; Baudry-Lacantinerie, *op. cit.*, t. I, n° 988; Planiol, Ripert et Savatier, *op. cit.*, n° 367; L. Josserand, *op. cit.*, t. I, n° 1114.

3. Colin et Capitant, *op. cit.*, t. I, p. 531 et s.

« la forme et avec les restrictions imposées aux tuteurs
« et curateurs ».

Les pouvoirs de l'administrateur légal sont assez larges; surtout en fait de meubles, ils sont presque illimités. On aurait pu critiquer cette grande liberté accordée pour l'administration de la fortune mobilière, dont l'importance s'est tant accrue depuis la promulgation du Code, mais si on examine les législations étrangères, on voit que le C. Ch. est d'accord avec les plus modernes.

L'al. 8 de l'art. 389 du C. F. et l'art. 2 de la loi du 27 février 1880 exigent l'homologation du tribunal pour l'aliénation des meubles incorporels dont la valeur dépasse quinze cents francs et l'art. 224 du C. Italien exige des formalités pour l'aliénation des biens de l'enfant sans distinguer entre les meubles et les immeubles. Par contre, le C. C. Suisse (art. 290 et s.) confère des facultés d'administration très étendues, sous le contrôle, il est vrai, des autorités de tutelle. Le C. Espagnol (art. 164), le C. Allemand (art. 1643 et 1821) et le C. Brésilien (art. 386) édictent des formalités restrictives pour disposer des immeubles.

b) L'administrateur légal n'est pas obligé de faire un inventaire solennel tant qu'il ne se remarie pas¹, mais il doit dresser une description circonstanciée des biens de l'enfant qu'il administre (art. 124 et 249). De cette disposition on a déduit que l'inventaire n'est pas

1. La mère en cas de convol perd la *patria potestad* (loi du 12 mars 1925, art. 3).

imposé non plus à l'administrateur légal en tant qu'usufruitier des biens de l'enfant, contrairement à ce qu'on décide en France¹.

c) A la différence du Droit français, où la mort de l'un des époux ouvre la tutelle légale sur les enfants mineurs au profit du survivant (art. 390 et s.), en droit chilien, celui qui exerce la « *patria potestad* » et qui n'a été privé de l'administration légale des biens de l'enfant, continue à les administrer en tant que titulaire de la « *patria potestad* »; la tutelle ou la curatelle n'ont lieu qu'à défaut de parents en état d'exercer la « *patria potestad* » (art. 348). Sur ce point le C. Ch. est d'accord avec les législations postérieures, lesquelles, s'écartant aussi du système français, n'ouvrent pas la tutelle pendant que l'exercice de la puissance paternelle subsiste (C. Italien, art. 241; C. Espagnol, art. 199; C. Allemand, art. 1773 et 1684; C. C. Suisse, art. 368; C. Brésilien, art. 406).

168. Représentation de l'enfant.— En ce qui concerne la représentation légale de l'enfant, ou plutôt au sujet de la forme de protection de l'enfant par le titulaire de la « *patria potestad* », le C. Ch. contient plusieurs dispositions (art. 242, 253, 254, 257-261). Sans nous arrêter à signaler certaines questions, que peut soulever la rédaction de ces articles, qui n'existent pas dans le C. F., nous exposerons quelques solutions qui renferment des différences avec le droit français.

1. L. Claro, *op. cit.*, t. III, n°-1538; Colin et Capitant, *op. cit.*, t. I, p. 537.

a) A propos des actes pour lesquels la représentation n'est pas admise, l'art. 261 déclare que le fils n'a pas besoin d'autorisation pour disposer de ses biens par acte testamentaire qui ne doit avoir effet qu'après sa mort. Les pubères, c'est-à-dire la mineur qui a atteint sa douzième année et le mineur qui a accompli sa quatorzième année, peuvent donc faire leur testament dans les mêmes conditions que les majeurs (art. 1005). Cependant, ils ne pourront pas faire librement une donation à cause mort, laquelle a été admise par le C. Ch. et doit être rédigée sous la forme testamentaire (art. 1136 et s.). C'est pour cela que l'art. 261 parle de testament « devant avoir effet après la mort ».

L'âge de la capacité testamentaire, au Chili, est inférieure à celui qu'ont fixé les législations récentes, qui est de 18 ans dans la C. C. Suisse (art. 467) et de 16 ans dans le C. Allemand (art. 2229) et dans le C. Brésilien (art. 1627). Le C. F. s'était montré encore moins libéral en accordant aux mineurs qui ont atteint l'âge de 16 ans la faculté de disposer seulement de la moitié de la quotité disponible (art. 904).

b) Pour l'administration de son *pécule professionnel ou industriel* l'enfant mineur est considéré comme habilité d'âge (art. 246); il peut en conséquence agir librement sans avoir besoin d'être représenté ou autorisé par son représentant légal. Il ne peut néanmoins emprunter de l'argent à intérêt ni acheter à crédit, excepté dans la gestion ordinaire du pécule, sans l'autorisation écrite

de son père ou de sa mère; à défaut d'autorisation l'acte n'est pas nul, mais l'enfant s'oblige seulement jusqu'à concurrence du profit qu'il aura obtenu (art. 253).

Le C. F. ne contient pas des dispositions accordant capacité aux mineurs pour l'administration de leur pécule professionnel ou industriel¹. Par contre, comme nous le verrons plus loin (n° 176), les art. 112 et 113 du C. Allemand et l'art. 32 du C. C. Suisse² confèrent capacité aux mineurs pour les actes relatifs à leur profession ou industrie.

c) L'enfant mineur arrivé à l'âge de la puberté peut agir soit *représenté*, soit simplement *autorisé* par son représentant légal; c'est l'application, à la « *patria potestas*, » des règles, empruntées au droit romain, adoptées pour la curatelle du mineur adulte. Il n'en est pas de même en droit français; le mineur non émancipé est, en principe, un « incapable représenté³ ».

L'autorisation doit être donnée par écrit et peut intervenir même après la célébration de l'acte, cas dans lequel elle sert de ratification (art. 254). Cette solution n'est pas envisagée *in terminis* par le C. F. pour les cas des « incapables autorisés⁴ ».

Contrairement au principe « qui auctor est se non o-

1. Planiol, *op. cit.*, t. I, n° 1617.

2. Cette disposition, qui se réfère *in terminis* aux pupilles, est applicable aux enfants sous puissance paternelle (art. 280). V. Curti-Forrer, *op. cit.*, art. 280, note 2; Rossel et Mentha, *op. cit.*, t. I, n° 634.

3. Colin et Capitant, *op. cit.*, t. I, p. 436; H. Capitant, *Introduction à l'étude du droit civil*, n° 262; Planiol, Ripert et Savatier, *op. cit.*, n° 257.

4. Planiol, Ripert et Savatier, *op. cit.*, n° 267.

bligat ». l'art. 254 dispose : « Les actes et contrats faits
« par le fils en dehors de son pécule professionnel ou
« industriel, et que le père — ou la mère — autorise ou
« ratifie par écrit, obligent directement le père — ou
« la mère — et subsidiairement le fils jusqu'à concurren-
« re du profit que celui-ci aura retiré des dits actes ou
contrats ». La même solution doit être étendue aux ac-
tes du titulaire de la puissance paternelle faits *en re-
présentation* de l'enfant¹. Cette dérogation au droit com-
mun a été inspirée au législateur par un désir, peut-être
exagéré, de protection des intérêts de l'enfant.

2. *L'extinction de la « patria potestad » :*

L'émancipation.

169. Notion et forme de l'émancipation. — L'art. 264
du C. Ch. est ainsi conçu : « *L'émancipation* est un fait
« mettant fin à la « *patria potestad* ». Elle peut être vo-
lontaire, légale ou judiciaire ». La notion de l'émanci-
pation en droit chilien est donc très différente de celle
du droit français.

En droit chilien l'enfant émancipé est celui qui est
sorti de la « *patria potestad* » ; l'émancipation n'est pas en
relation directe avec la capacité du mineur. Par exemple,
un impubère dont les parents sont morts est, au Chili,
un enfant émancipé mais sa capacité n'est pas pour cela
modifiée ; au lieu d'être sous « *patria potestad* », il sera
en tutelle. Néanmoins, si l'émancipation n'implique pas
à elle seule l'idée de conférer au mineur une certaine

3. C. Fabres, *op. cit.*, t. I, n° 76-5° p. 50.

capacité, elle peut être un pas vers ce but, l'habilitation d'âge exigeant, en effet, comme condition préalable, l'émancipation de l'enfant (art. 299).

En droit français, l'émancipation a pour conséquence d'affranchir le mineur soit de la puissance paternelle, soit de la tutelle et de lui conférer une certaine capacité. Le seul fait d'être sorti de la puissance paternelle ne donne pas à l'enfant la qualité d'émancipé¹.

L'idée chilienne de l'émancipation se rapproche donc de la conception romaine, tandis que la notion française se rattache plutôt à la « *venia aetatis* », institution qu'a conservée le C. Ch. sous la dénomination d'habilitation d'âge (art. 297-303) (v. n° 181 et s.).

170. L'émancipation légale.— Selon l'art. 266, l'émancipation légale a lieu dans les cas suivants : 1) Par la mort naturelle ou civile du père ou par la mort civile de l'enfant; 2) Par le mariage de l'enfant; 3) Par le fait que l'enfant a atteint l'âge de vingt-cinq ans accomplis; 4) Par le décret d'envoi en possession des biens du père disparu.

Aujourd'hui, il n'est pas tout à fait exact que la mort réelle ou présumée du père (art. 266-1 et 4) émancipe l'enfant, la loi de 12 mars 1925 ayant attribué la « *patria potestad* » à la mère à défaut du père. Selon la loi en question, la mère, dans l'exercice de la « *patria potestad* », est subordonnée, en principe, aux mêmes conditions

1. Colin et Capitant, *op. cit.*, t. I, p. 545 et s.; Planiol, *op. cit.*, t. I, n° 1983 et s.

que le père, mais il y a une différence en ce qui concerne l'extinction; tandis que le père qui se remarie conserve la « *patria potestad* », la mère dans le même cas en est légalement déchu (art. 2 et 3). Cette cause d'extinction fondée dans le convol de la mère, qui n'existe pas en droit français, a été adoptée par le C. Allemand (art. 1697), par le C. Brésilien (art. 393) et, en principe, aussi par le C. Espagnol (art. 168 et 172)¹. Le C. C. Suisse a adopté une solution intermédiaire envisageant en même temps le père et la mère, mais sans faire du convol une cause d'extinction forcée de la puissance paternelle; l'art. 286 est ainsi conçu : « Lorsque les circonstances l'exigent, un tuteur est nommé à l'enfant dont le père ou la mère, investi de la puissance paternelle, contracte un nouveau mariage ».

171. L'émancipation judiciaire. — L'émancipation judiciaire du droit chilien équivaut à la déchéance de la puissance paternelle du droit français. Le C. F. ne contenait pas de dispositions sur ce point et, la jurisprudence étant impuissante à suppléer le silence des textes, le législateur français a dû intervenir à plusieurs reprises, notamment par les lois du 7 décembre 1874, du 24 juillet 1889, du 19 avril 1898 et du 15 novembre 1921².

1. Ces deux derniers Codes ont déclaré expressément qu'une fois dissous le nouveau mariage de la mère, elle recouvre la puissance paternelle. On ne peut dire de même au Chili, étant donné le principe de l'irrévocabilité de toute émancipation posé par l'art. 269.

2. Colin et Capitant, *op. cit.*, t. I, p. 464 et s.; Baudry-Lacantinerie, *op. cit.*, t. I, n° 997 et s.; Planiol, *op. cit.*, t. I, n° 1732 et s.; Planiol, Ripert et Savatier, *op. cit.*, n° 384 et s.; L. Jossierand, *op. cit.*, t. I, n° 1115 et s.

Le C. Ch. avait comblé de bonne heure la lacune qu'on signalait dans le C. F. Selon l'art. 267, réformé par la loi du 12 mars 1925, l'émancipation judiciaire s'effectue :

1) Lorsque le père ou la mère maltraitent habituellement l'enfant, au point de mettre sa vie en péril ou de lui causer un grave dommage; 2) Lorsqu'ils ont abandonné l'enfant; 3) Lorsque leur dépravation les rend incapables d'exercer la « *patria potestad*; 4) Lorsqu'ils ont été condamnés pour délit puni d'une peine afflictive¹.

Au sujet du fonctionnement de l'émancipation judiciaire, nous ferons quelques observations :

a) L'émancipation judiciaire s'effectue par décret du juge; elle n'a pas lieu de plein droit. Néanmoins, les opinions sont divisées en ce qui concerne l'émancipation résultant de la condamnation des parents pour délit (art. 267-4°); il y a des juristes qui soutiennent que, dans ce cas, l'émancipation a lieu de plein droit². La loi française du 24 juillet 1889 admet expressément la déchéance de plein droit dans plusieurs hypothèses³.

b) Selon l'art. 269, toute émancipation une fois effectuée est irrévocable; l'émancipation judiciaire est donc définitive. En droit français, au contraire, la déchéance de la puissance paternelle n'est pas irrémédiable; le

1. Peines de crimes et certaines peines de délits dont la durée dépasse trois ans (C. Pénal, art. 37).

2. L. Claro, *op. cit.*, t. III, n° 1658; *contra* : A. Barros, *op. cit.*, t. III, p. 275.

3. Planiol, Ripert et Savatier, *op. cit.*, n° 389.

père ou la mère déchus ont le droit de demander au tribunal que l'exercice de cette puissance leur soit restitué¹.

Il convient de remarquer que l'émancipation se réfère aux droits compris dans la « *patria potestad* », mais non pas aux autres droits entre parents et enfants dont nous avons parlé au § 1 de cette section (V. n° 157 et s.). On peut, sans enlever au père ou à la mère la « *patria potestad* », les priver des autres droits que la loi reconnaît entre parents et enfants et la décision du juge qui ordonne cette privation est rapportable. Les art. 230 et 238 prévoient, en effet, la possibilité de révoquer ou de modifier la résolution judiciaire ayant donné lieu à la séparation des enfants de leur père ou mère en raison de la mauvaise conduite de ceux-ci (V. n° 161).

c) En dehors des cas prévus par la loi, le juge ne peut pas décréter l'émancipation. Sous l'ancienne législation espagnole (l. 18, *Tit.* 18, *Part.* 4) on pouvait obliger le père à émanciper l'enfant lorsqu'il recevait un legs laissé à son fils sous la condition de l'émanciper. Le C. Ch. a prévu expressément le cas dans la disposition suivante : Art. 668. — « Lorsqu'il est fait à l'enfant une « donation ou qu'il lui est laissé une succession ou un « legs sous la condition d'obtenir l'émancipation, le « père n'aura pas l'usufruit des biens compris dans cette « disposition et la condition sera ainsi réputée accomplie.

1. Planiol, Ripert et Savatier, *op. cit.*, n° 403 et s.

« Le père n'aura pas non plus l'administration des
« dits biens si le donateur ou testateur l'exige expressé-
« ment »

172. L'émancipation volontaire. — L'émancipation volontaire se réalise au moyen d'un instrument public dans lequel le père ou la mère déclarent émanciper l'enfant adulte et celui-ci donne son consentement à l'émancipation. Pour la validité de l'émancipation, il faut qu'elle soit autorisée par le juge en connaissance de cause (art. 265).

Nous avons vu que l'émancipation ne suffit pas, à elle seule, à conférer à l'enfant une certaine capacité; affranchi de la « *patria potestad* », l'enfant reste sous curatelle et ordinairement celui des parents qui l'aura émancipé deviendra son curateur légal. Le but pratique de l'émancipation volontaire est de mettre fin à l'usufruit légal, qui cesse toujours avec la « *patria potestad* » et de rendre possible l'habilitation d'âge, qui ne peut être accordée qu'aux mineurs émancipés. Ces deux résultats ne justifient pas, à notre avis, l'existence de l'institution, au moins avec la finalité qu'elle comporte en droit chilien. En effet, le titulaire de la « *patria potestad* » peut, sans émanciper l'enfant, renoncer à l'usufruit légal; rien ne s'oppose à cette renonciation, qui est expressément prévue dans le C. Allemand (art. 1662). En ce qui concerne l'émancipation comme formalité préalable de l'habilitation d'âge, nous estimons qu'une seule institution suffit.

173. Conclusion. — Pour se mettre d'accord avec les législations étrangères, on devrait remplacer l'habilitation d'âge par l'*émancipation*, laquelle deviendrait ainsi une institution ayant pour objet de conférer capacité aux mineurs. Tel est le caractère attribué à l'émancipation par le C. F. (art. 476 et s.), le C. Italien (art. 310 et s.), le C. Espagnol (art. 167, 314 et s.), le C. C. Suisse (art. 15), le C. Brésilien (art. 9 et 392)¹. Sous ces législations on dénomme déchéance de la puissance paternelle l'*émancipation judiciaire* du C. Ch. et les cas de notre émancipation légale sont compris sous l'énoncé de causes d'extinction de la puissance paternelle, sauf celui du mariage de l'enfant qui entraîne en même temps l'émancipation.

3. *Suspension de la « patria potestad »*

174. Il y a certains cas dans lesquels la « *patria potestad* », sans s'éteindre, se trouve suspendue dans son exercice. A ce sujet, le C. Ch. contient la disposition suivante :

Art. 262. — « La « *patria potestad* » est suspendue par
« la démence prolongée du père, par le fait pour le père
« d'être frappé d'interdiction pour l'administration de
« ses biens propres et par la longue absence du père,
« lorsqu'il en résulte un grave préjudice pour les intérêts
« de l'enfant auxquels le père absent ne pourvoit pas ».

Le C. F. (art. 141-143) ainsi que le C. Italien (art. 241)

1. Le C. Allemand régleme la déclaration de majorité (art. 3-4).

prévoient seulement le cas d'absence, ce qui donne lieu à des hésitations à propos d'autres hypothèses d'empêchement à l'exercice de la puissance paternelle¹.

Selon l'art. 348 du C. Ch., dans le cas de suspension de la « *patria potestad* » du père, on devait nommer un tuteur ou un curateur à l'enfant. La situation a changé depuis la loi du 12 mars 1925, à laquelle nous avons fait allusion plusieurs fois, et qui a attribué la « *patria potestad* » à la mère. Mais cette loi n'a pas dit que, dans tous les cas de suspension affectant le père, la « *patria potestad* » sera exercée par la mère, les hypothèses prévues par l'art. 262 du Code et l'art. 2, al. 1 de la loi en question mentionne seulement l'interdiction et le décès présumé. On pourrait donc soutenir que, par exemple, dans le cas d'absence, avant la déclaration du décès présumé, la mère n'exerce pas la « *patria potestad* », mais qu'elle sera nommée tutrice ou curatrice et que, une fois le décès présumé déclaré, elle exercera la « *patria potestad* ». On aurait évité cette solution bizarre en attribuant la « *patria potestad* » à la mère dans tous les cas de suspension ou d'empêchement du père.

Ce qui est certain, c'est que la mère, dans les cas où elle exerce la « *patria potestad* » à la place du père, a aussi l'usufruit légal, puisque la loi dit que « la *patria potestad* » appartient à la mère dans les mêmes conditions qu'au père... » Le C. Allemand, qui a consacré plusieurs articles

1. Colin et Capitant, *op. cit.*, t. I, p. 460; Planiol, Ripert et Savatier, *op. cit.*, n° 312; R. de Ruggiero, *op. cit.*, t. II, p. 672, note.

à la suspension de la puissance paternelle (art. 1676-1678), a adopté une solution différente. L'art. 1685, al. 1 dit : « Lorsque le père est empêché en fait d'exercer la puissance paternelle ou que sa puissance paternelle est suspendue, la mère durant le mariage exerce la puissance paternelle à *exception de l'usufruit* ». Celui-ci reste au père d'après l'art. 1678.

SECTION III

LA TUTELLE ET LA CURATELLE¹

175. Personnes soumises à la tutelle ou à la curatelle.

— Quoique nous soyons dans un chapitre consacré aux mineurs, nous commencerons pour donner une idée générale de l'application de la tutelle et de la curatelle en droit chilien et en droit étranger.

En *droit chilien*, la tutelle est réservée aux impubères qui ne sont pas sous la « *patria potestad* » (art. 338 et 341); les mineurs qui ont atteint l'âge de la puberté ne sont jamais sous la tutelle (art. 436). La curatelle concerne les mineurs adultes qui ne sont pas sous la « *patria potestad* » ou sous la puissance maritale et qui n'ont pas obtenu l'habilitation d'âge; elle s'applique aussi aux interdits de toute sorte; c'est-à-dire aux aliénés, aux sourds-muets et aux prodigues (art. 338 et 342). Fina-

1. Dans cette section, nous donnerons seulement des notions générales sur la tutelle et la curatelle en droit chilien. Il serait sans intérêt, dans cette étude, de faire un examen détaillé des dispositions minutieuses que contient le C. chilien sur la matière (art. 338-544).

lement, un curateur est donné aux biens de l'absent, à la succession vacante et aux droits éventuels de l'enfant à naître (art. 343, 473-491).

Contrairement au C. F., et d'accord avec la solution uniforme des autres législations, le C. Ch. n'ouvre pas la tutelle ou la curatelle générale pendant que l'exercice de la « patria potestad » subsiste.

D'après le C. Français, sont mis en tutelle les mineurs non émancipés, sans distinction entre pubères et impubères, et les interdits judiciaires (art. 389 et 505). Mais ce qui est caractéristique du système français, c'est que la tutelle s'ouvre toujours à l'égard de l'enfant légitime mineur au moment du décès de l'un des père et mère, et par contre, elle ne s'ouvre jamais tant que le père et la mère sont vivants, quand bien même ils sont divorcés, sauf dans le cas où la déchéance de la puissance paternelle est prononcée d'après la loi du 24 juillet 1889. De son côté, les enfants naturels sont mis en tutelle dès leur naissance¹.

La curatelle est réservée aux mineurs émancipés (art. 480) et aux enfants à naître (curateur au ventre) (art. 393). Les faibles d'esprit et les prodigues ne sont pas mis en tutelle ni en curatelle; on peut leur nommer seulement un conseil judiciaire (art. 499 et 513).

Selon le C. Italien, sont mis en tutelle, les mineurs

1. Colin et Capitant *op. cit.*, t. I, p. 475-476 541 et s.; Baudry-Lacantinerie, *op. cit.*, t. I, n° 1019, 1201 et s.; Planiol, *op. cit.*, t. I, n° 1752, 1755 et s.; Planiol, Ripert et Savatier, *op. cit.*, n° 417, 419 et 434; L. Josserand, *op. cit.*, t. I, n° 354-355, 503 et s.

non émancipés qui ne sont pas sous puissance paternelle, sans distinguer entre les pubères et les impubères (art. 241) et les aliénés interdits (art. 329). La curatelle, en dehors des cas spéciaux, concerne les mineurs émancipés (art. 314), les faibles d'esprit et les prodigues (arr. 339), les sourds-muets et les aveugles de naissance (art. 340)¹.

Le *C. Espagnol* (art. 200)² et le *droit anglais*³ ne connaissent pas la curatelle.

Dans le *C. Allemand* la tutelle est destinée : 1) Au mineur, sans distinction d'âge, lorsqu'il n'est pas sous puissance paternelle ou que le père et la mère n'ont pas qualité pour les représenter ni dans les affaires qui concernent sa personne ni dans celles qui concernent son patrimoine. Le mineur reçoit aussi un tuteur lorsque son état-civil ne peut être établi (art. 1773); 2) Aux interdits (art. 1896 et 6).

La curatelle, en droit allemand, s'applique dans les cas suivants : 1) Dans les hypothèses prévues pour l'organisation d'une tutelle, lorsqu'un tuteur n'est pas encore installé (art. 1909, al. 3); 2) Celui qui est sous puissance paternelle ou sous tutelle reçoit un curateur pour les affaires dont le détenteur de la puissance ou le tuteur sont empêchés de prendre soin (art. 1909, al. 1 et 2); 3) L'enfant conçu reçoit un curateur pour la sauve-

1. R. de Ruggiero, *op. cit.*, t. II, p. 684 et s., 710 et s.

2. C. Valverde, *op. cit.*, t. IV, p. 551 et s.

3. A. Curti, *op. cit.*, p. 103 et s.

garde de ses droits futurs dans la mesure où il faut y pourvoir (art. 1912); 4) Lorsqu'on ignore absolument ou qu'on ne sait pas au juste quelle est la personne intéressée dans une affaire, il peut être désigné un curateur à l'intéressé pour cette affaire dans la mesure où il est nécessaire d'y pourvoir; tel est le cas d'un héritier dont la personnalité ne sera déterminée que par un événement futur (art. 1913); 5) Il peut être nommé un curateur afin d'administrer les fonds récoltés par voie de suscription publique pour un but passager, lorsque les personnes chargées de l'administration et de l'emploi ne sont plus là (art. 1914); 6) Un curateur à l'absence peut être nommé dans le cas d'un absent dont la résidence est inconnue, pour ses affaires d'intérêts dans la mesure où il faut y pourvoir (art. 1911). Un majeur qui n'est pas en tutelle peut recevoir un curateur pour sa personne et son patrimoine lorsque, par suite d'infirmités *physiques*, il n'est pas en état de prendre soin de ses affaires et il peut recevoir un curateur pour certaines affaires lorsqu'il n'est pas en état d'y prendre soin par suite d'infirmités *intellectuelles* ou *physiques*. Cette curatelle doit être organisée du consentement de l'infirme, à moins qu'il ne soit impossible de s'entendre avec lui (art. 1910). Il faut remarquer que, dans cette dernière hypothèse ainsi que dans le cas de l'absent, la curatelle n'enlève pas la capacité juridique; l'absent et l'infirme peuvent accomplir les actes mêmes qui rentrent dans les

attributions de leur curateur, sans méconnaître naturellement les actes déjà faits par celui-ci¹.

D'après le *C. C. Suisse*, la tutelle s'applique aux mineurs, sans distinction d'âge, qui ne sont pas sous puissance paternelle, aux interdits et aux condamnés à certaines peines (art. 368-371).

La curatelle a lieu dans des cas à peu près analogues à ceux du *C. Allemand*, mais il y a une différence importante à signaler. Tandis que, en droit allemand, le majeur sous curatelle conserve la capacité juridique, dans le *C. C. Suisse* il y a des cas dans lesquels la capacité du sujet sous curatelle est restreinte. Selon l'art. 395, s'il n'existe pas une cause suffisante pour interdire une personne majeure et si néanmoins une privation partielle de l'exercice des droits civils est commandée par leur intérêt, elle est pourvue d'un conseil judiciaire dont le concours est nécessaire pour accomplir certains actes qui sont énumérés; dans l'hypothèse en question on peut même priver le sujet de l'administration de ses biens tout en lui conservant la libre disposition de ses revenus. Cette curatelle entraînant restriction de la capacité n'était pas prévue dans l'Avant-Projet; elle fut introduite sur la proposition faite au Conseil National par M. H. Thélin².

En droit suisse existe aussi la tutelle ou la curatelle

1. C. Bufnoir, etc., *op. cit.*, t. III, art. 1910, note (3) et 1911, note (3).
V. aussi notes aux autres articles cités dans le texte.

2. Rossel et Mentha, *op. cit.*, t. I, n° 817.

volontaire, qui a lieu sur la demande d'un majeur, « s'il établit qu'il est empêché de gérer convenablement ses affaires par suite de faiblesse sénile, de quelque infirmité ou de son inexpérience » (art. 372 et 394).

Le C. Brésilien soumet à la tutelle les mineurs sans faire non plus de distinction d'âge (art. 406). La curatelle s'applique dans les cas d'aliénés, de sourds-muets et de prodigues (art. 446), d'enfants à naître (art. 462) et d'absents (art. 463-468).

En *droit soviétique*, la tutelle est instituée sur les mineurs jusqu'à quatorze ans et sur les personnes reconnues, dans les formes établies, faibles d'esprit ou atteintes de maladies mentales. La tutelle est instituée aussi sur le patrimoine des absents. La curatelle s'applique aux *non-majeurs*, c'est-à-dire à ceux qui ont dépassé la quatorzième année et qui n'ont pas atteint la dix-huitième année et aux personnes majeures qui, à cause de leur état physique, ne peuvent défendre elles-mêmes leurs droits.

On le voit, il n'y a pas d'uniformité dans les législations au sujet des institutions protectrices des incapables.

176. Différence entre la tutelle et la curatelle des mineurs. — Entre la tutelle et la curatelle des mineurs en droit chilien, il y a beaucoup d'analogie; en principe, elles sont régies par les mêmes règles. Il y a cependant des différences importantes à signaler :

a) Le mineur adulte, qui n'a pas de curateur testa-

mentaire ou légitime, a le droit de choisir son curateur et, si la personne présentée par lui est idoine, le juge doit la désigner pour la curatelle (C. C., art. 437 et C. de Proc. Civ., art. 1019). L'impubère n'a pas le même droit en ce qui concerne son tuteur.

b) Laissant de côté les actes conservatoires, l'acquisition de la possession et d'autres pour lesquels on reconnaît capacité aux mineurs, on peut affirmer que le tuteur doit toujours *représenter* l'impubère; celui-ci, étant absolument incapable, ne peut agir seul, à peine de nullité absolue de ses actes (art. 1447 et 1682). Au contraire, le mineur adulte sous curatelle, a le droit de gérer son pécule professionnel ou industriel dans des conditions égales à celles que nous avons signalées pour les fils sous « patria potestad » (art. 439). Même en dehors de son pécule professionnel ou industriel, le mineur adulte jouit d'une certaine capacité : il n'a pas besoin d'être toujours *représenté* par son curateur, la simple autorisation préalable ou la ratification du curateur suffit pour valider ses actes¹. Encore plus, le curateur peut confier au mineur l'administration d'une partie des biens pupillaires et, dans ce cas, l'autorisation est présumée pour tous les actes ordinaires concernant la dite administration (art. 440). Dans le C. F. le mineur adulte non émancipé n'a pas la même liberté d'action; rien n'empêche au tuteur de faire intervenir le mineur

1. L. Claro, *op. cit.*, t. V, n° 2371.

à son côté¹, mais ceci équivaut en fait à la représentation, de sorte que l'on peut dire que, en droit français, le mineur non émancipé est, en principe, un incapable représenté².

c) Le mineur adulte a, dans une certaine mesure, un contrôle personnel de la gestion de son curateur; s'il estime préjudiciable un acte de celui-ci, il peut requérir l'intervention du juge par l'intermédiaire du défenseur des mineurs (art. 441).

Les différences entre la tutelle et la curatelle des mineurs que nous venons d'énoncer ne justifient pas, à notre avis, l'existence de deux institutions. On peut conserver les très sages dispositions tendant à graduer l'incapacité des mineurs selon leur âge sans avoir besoin de donner aux impubères un *tuteur* et aux adultes un *curateur*, dualité d'institutions qui implique des frais et des complications dans le système. En effet, quoique le titulaire de la tutelle soit appelé aussi à continuer son rôle avec la curatelle, une fois que le mineur sera arrivé à l'âge de la puberté, il lui faudra être à nouveau installé dans ses fonctions en qualité de curateur. Les Codes les plus modernes et les plus importants, comme nous l'avons vu plus haut, ne prévoient qu'une seule institution — *la tutelle* — pour les mineurs, sans distinction d'âge, et cependant ils ont gradué leur incapacité.

Ainsi, le *C. Allemand*, déclare incapable d'exercer

1. Colin et Capitant, *op. cit.*, t. I, p. 501.

2. Colin et Capitant, *op. cit.*, t. I, p. 436; H. Capitant, *Introduction*, n° 262; Planiol, Ripert et Savatier, *op. cit.*, n° 257.

des droits les mineurs qui n'ont pas accompli leur septième année (art. 104-105). Ceux qui ont atteint cet âge jouissent d'une capacité restreinte (art. 106 et s.); notamment, ils peuvent être autorisés à agir seuls dans un certain ordre d'activités. Les art. 110, 112 et 113 sont ainsi conçus :

Art. 110. — « Un contrat conclu par le mineur sans l'assentiment de son représentant légal est réputé avoir été efficace dès l'origine, lorsque le mineur effectue la prestation, telle qu'elle résulte du contrat, avec des ressources qui lui ont été remises dans ce but ou à sa libre disposition, soit par son représentant, soit par un tiers avec l'assentiment de ce dernier ».

Art. 112. — « Si le représentant légal, avec l'approbation du tribunal des tutelles, habilite le mineur en vue de l'exploitation indépendante d'une entreprise de caractère lucratif, le mineur est pleinement capable d'exercice des droits pour tous les actes juridiques que comporte l'exploitation de l'entreprise. Sont exceptés les actes juridiques pour lesquels le représentant a besoin de l'approbation du tribunal de tutelles. L'habilitation ne peut être retirée par le représentant qu'avec approbation du tribunal des tutelles ».

Art. 113. — « Si le représentant légal habilite le mineur en vue d'un engagement de services ou de travail, le mineur est pleinement capable d'exercice

des droits pour tous les actes juridiques concernant la formation ou la cessation d'un rapport de services ou de travail de l'espèce permise, ou pour l'exécution des obligations nées d'un rapport de cette nature. Sont exceptés les contrats pour lesquels le représentant a besoin de l'approbation du tribunal des tutelles. — L'habilitation peut être retirée ou restreinte par le représentant. — Si le représentant légal est un tuteur, l'habilitation, si elle est refusée par lui, peut, à la requête du mineur, être suppléée par le tribunal des tutelles. Le tribunal des tutelles a mission de suppléer l'habilitation, lorsqu'elle est dans l'intérêt du pupille. — L'habilitation accordée pour un cas particulier est réputée, dans le doute, valoir habilitation générale pour la formation de rapports similaires ».

Le pupille a aussi une intervention plus ou moins étendue, selon son âge, dans la gestion de la tutelle. L'art. 1827 prévoit des cas dans lesquels le tribunal des tutelles doit l'entendre avant de prendre certaines résolutions¹.

De son côté, le *C. C. Suisse* distingue entre les mineurs incapables de discernement et les mineurs capables de discernement. Ces derniers jouissent d'une capacité restreinte, à peu près analogue à celle que le *C. Allemand* accorde aux mineurs qui ont accompli

1. V. C. Bufnoir, etc., *op. cit.*, t. I et III, notes aux articles cités dans le texte.

leur septième année (art. 19, 410 et 411). Ils peuvent être autorisés d'avance, expressément ou tacitement, à accomplir seuls une série d'actes. L'art. 412 dit : « Le pupille auquel l'autorité tutélaire permet expressément ou tacitement d'exercer une profession ou une industrie peut faire tous les actes rentrant dans l'exercice régulier de cette profession ou de cette industrie; il est, en raison de ces actes, tenu sur tous ses biens ». Le mineur capable de discernement intervient aussi dans la gestion de la tutelle; il peut recourir à l'autorité tutélaire contre les actes de son tuteur (art. 420) et, s'il est âgé de seize ans au moins, il doit être, si possible, consulté pour tous les actes importants d'administration et appelé à la reddition des comptes de son tuteur (art. 409 et 413)¹.

On peut donc, sans avoir besoin de deux institutions différentes — la tutelle et la curatelle — graduer l'incapacité des mineurs selon leur âge. Nous rappelons, néanmoins, que la législation soviétique a adopté le même système que le Code chilien, de la double institution.

177. Les organes de la tutelle et de la curatelle. Le tuteur et le curateur. — A la différence du droit français où le rôle principal revient au conseil de famille, duquel le C. F. a voulu faire, selon l'expression de MM. Colin et Capitant², « l'organe supérieur de la

1. Rossel et Mentha, *op. cit.*, t. I, n^{os} 94-102, 845-853 et 861.

2. *Op. cit.*, t. I, p. 492.

tutelle, le conseil de direction dont le tuteur serait l'*agent exécutif* », au Chili, le rôle le plus important appartient au tuteur ou au curateur. Ils sont les *agents directs* de la tutelle et de la curatelle sous le contrôle de l'autorité judiciaire.

Le subrogé-tuteur. — Le C. Ch. a éliminé le subrogé-tuteur¹. Les législations modernes ne sont pas d'accord au sujet de cet organe de contrôle de la gestion tutélaire institué par le C. F. (art. 420 et s.) suivant la tradition coutumière. Des nombreux Codes étrangers, et notamment le C. C. Suisse et le C. Brésilien, l'ont supprimé. Par contre, on trouve le subrogé-tuteur dans le C. Allemand (art. 1792) et, avec le nom de protuteur, l'ont conservé aussi le C. Italien (art. 264 et s.) et le C. Espagnol (art. 233 et s.).

Le conseil de famille. — Cette institution, qui est la « *pièce maîtresse* » du système tutélaire français n'existe pas au Chili. Le conseil de famille n'étant pas connu de l'ancienne législation espagnole², le codificateur chilien n'a pas voulu introduire un organisme qui n'était pas dans les mœurs. Ceci ne veut pas dire que toute intervention des membres de la famille des incapables soit étrangère au système chilien; à

1. Il convient de remarquer que les art. 392 et 506 du C. Ch. prévoient des cas dans lesquels, à titre exceptionnel, on désigne une personne pour contrôler la gestion du tuteur ou curateur, sans lui donner un nom spécial.

2. Au moins comme un organisme systématisé. V. C. Valverde, *op. cit.*, t. IV, p. 586 et s., note; R. Gutiérrez de C., *Estudio sobre el consejo de familia y la conveniencia de su supresión*. Havane, 1917, p. 22 et s.

plusieurs reprises la loi ordonne au juge d'entendre « *los parientes* »¹ et l'art. 42 détermine les personnes rentrant dans cette dénomination, parmi lesquelles on mentionne aussi le conjoint. Mais les opinions des membres de la famille ne sont pas décisives; elles servent seulement à renseigner le magistrat.

L'institution du conseil de famille, propre spécialement aux pays dont le système tutélaire est fondé sur l'idée de la protection familiale, s'est montrée inefficace dans la pratique². Conservé par le C. Italien (art. 249 et s.) et le C. Espagnol (art. 293 et s.); il a été supprimé par la plupart des Codes de l'Amérique Latine y compris le C. Brésilien. Dans les législations qui ont organisé la tutelle comme une fonction publique le conseil de famille est institué à titre exceptionnel (v. C. Allemand, art. 1858-1881, C. C. Suisse, art. 362-366)³.

Le juge. — Le conseil de famille et le subrogé-tuteur ayant été supprimés, les fonctions du juge en matière de tutelle se sont accrues. Il désigne le tuteur ou le curateur dans les cas où il y a lieu à la tutelle ou la curatelle légitime ou dative et il doit installer les tuteurs et les curateurs de toute catégorie au moyen d'un décret appelé « *discernimiento* » (C. Civ., art.

1. C. C., art. 226, 278, 300, 351, 352, 363, 367, 372, 542; C. de Proc. civ., art. 847.

2. Colin et Capitant, *op. cit.*, t. I, p. 527-528; R. Gutierrez de C., *op. cit.*, p. 30 et s.

3. C. Bufnoir, etc., *op. cit.*, t. III, notes aux articles cités dans le texte; Rossel et Mentha, *op. cit.*, t. I, n^{os} 774 et s.

367, 371, 373 et s.; C. de Proc. Civ., art. 1017 et s.); il doit se prononcer sur les incapacités et les excuses (art. 513, 520 et 524); il intervient dans les difficultés relatives à la rémunération (art. 526 et 527); dans l'approbation du compte (art. 482) et dans la révocation (art. 539 et s.); il doit autoriser les actes importants (art. 397, 398, 400, 401, 404, etc.); etc.. Le rôle du juge n'est pas seulement passif; il peut d'*office* ordonner la production du compte d'administration quand il l'estime convenable (art. 416) et il peut de même révoquer dans certains cas le tuteur ou le curateur (art. 541-542).

Le défenseur de mineurs. — A côté du juge de première instance la loi a placé des fonctionnaires appelés « *defensores de menores* », dont la mission est de veiller aux intérêts des incapables, en faveur desquels ils peuvent provoquer des mesures de protection. Le tribunal doit les entendre dans les cas ordonnés par la loi et il peut les consulter dans toutes les questions concernant les incapables¹. L'existence de ces fonctionnaires se justifie par le fait que les juges qui interviennent en matière de tutelle ou de curatelle sont les juges ordinaires; or leurs attributions multiples ne leur permettent de remplir convenablement, à eux seuls, les importantes fonctions que la loi leur a confiées à l'égard des incapables.

1. Loi sur l'organisation et les attributions des tribunaux, art. 295 et s.

— L'exposé que nous venons de faire des organes de la tutelle et de la curatelle nous permet de conclure que le système chilien s'écarte du type latin basé sur la protection familiale et qu'il se rapproche plutôt du système appelé système germanique fondé sur l'idée de faire de la tutelle une fonction publique, qui est le plus en faveur aujourd'hui¹.

178. La garantie. — Dans les législations du type germanique la garantie n'offre pas d'importance, en raison de la surveillance étroite que doit exercer sur le tuteur l'autorité tutélaire. Ainsi, le C. Allemand n'exige en principe aucune garantie au tuteur; toutefois, le tribunal des tutelles peut, pour des motifs particuliers, contraindre le tuteur à fournir des sûretés pour les patrimoines soumis à son administration (art. 1844). Le C. C. Suisse, de son côté, réserve l'obligation de fournir des sûretés à la charge des membres du conseil de famille dans les cas exceptionnels de tutelle privée (art. 365)².

Dans les législations du type latin, au contraire, la garantie s'impose. Le C. F. grève les biens des tuteurs d'une hypothèque légale générale, qui peut produire ses effets même sans inscription. Ce défaut de publicité a été très justement critiqué au C. F.³ et

1. Colin et Capitant, *op. cit.*, t. I, p. 527-528; F. Cosentini, *Le droit de famille*, p. 476 et s.; J. Champcommunal, *op. cit.*, p. 47.

2. Rossel et Mentha, *op. cit.*, t. I, n° 778.

3. Colin et Capitant, *op. cit.*, t. II, p. 901-902; Planiol, *op. cit.*, t. II, n° 2989.

les législations qui ont conservé l'hypothèque légale sur les biens des tuteurs l'ont soumise aux règles ordinaires de l'inscription (Comp. loi belge; C. Italien, art. 1969, 1981 et s. ; C. Espagnol, art. 256, 257 et 1875 et loi hypothécaire art. 168; C. Brésilien, art. 418, 827-IV et 828)¹.

Le C. Ch. s'est écarté sur ce point du C. F. Les tuteurs et les curateurs, avant d'être installés dans leurs fonctions, doivent fournir caution (*cauzione*) ou, s'ils le préfèrent, une hypothèque suffisante (art. 374 et 376); l'hypothèque devient obligatoire seulement lorsque le tuteur ou le curateur a des immeubles dans son patrimoine et qu'il ne peut pas se procurer des cautions (art. 517). En tout cas, l'hypothèque donnée à la place de la caution est soumise au principe de la spécialité et de la publicité qui régit sans exception le système hypothécaire chilien. Certaines personnes, comme le conjoint, les ascendants et les descendants légitimes ne sont pas obligées à fournir garantie, et le Code autorise aussi à dispenser de cette obligation les tuteurs et curateurs de probité et de solvabilité notoires, lorsque le pupille n'a qu'un faible patrimoine (art. 375).

On peut critiquer le C. Ch. de n'avoir pas *obligé* les tuteurs et curateurs propriétaires d'immeubles à fournir hypothèque dans tous les cas où ils doivent

3. E. Laurent, *op. cit.*, t. XXX, n^{os} 303 et s.; R. de Ruggiero, *op. cit.*, t. I, p. 689 et s.; C. Valverde, *op. cit.*, t. II, p. 672 et s.; t. IV, p. 560 ets.

donner garantie. Une caution personnelle est toujours aléatoire et la loi ne devrait l'accepter qu'à défaut d'hypothèque. En ce conformant à cette idée, le C. Brésilien a édicté des dispositions très équitables : le tuteur, avant d'entrer en fonctions, est tenu d'affecter spécialement à une hypothèque légale, qui sera inscrite, les immeubles nécessaires à la garantie des biens du mineur qu'il a sous son administration (art. 418). Si la valeur de tous les immeubles qui lui appartiennent n'atteint pas celle du patrimoine du mineur, le tuteur complètera l'hypothèque par une caution réelle ou personnelle, à moins qu'il n'ait pas les moyens de le faire ou que sa solvabilité ne soit bien reconnue (art. 419).

179. Rémunération. — D'après le C. Ch., les tuteurs et curateurs sont rémunérés; ils perçoivent, en général la dixième partie des fruits des biens pupillaires soumis à leur administration (art. 526 et s.). C'est une autre réforme justifiée apportée au système français, qui a fait de la tutelle une charge gratuite. Il n'est pas équitable, en effet, que des personnes auxquelles on impose des responsabilités et dont le crédit est amoindri par les garanties fournies, n'aient droit à aucun bénéfice. La jurisprudence française l'a bien compris et, par un moyen détourné, elle arrive à corriger le défaut de la loi¹.

1. Colin et Capitant, *op. cit.*, t. I, p. 478-479; Baudry-Lacantinerie, *op. cit.*, t. I, n° 1110; Planiol, *op. cit.*, t. I, n° 1857; Planiol, Ripert et Savatier, *op. cit.*, n° 495; L. Jossierand, *op. cit.*, t. I, n° 378 bis.

Les législations postérieures se prononcent presque uniformément¹ dans le sens du C. Ch. : le C. Espagnol (art. 276) le C. C. Suisse (art. 416), le C. Brésilien (art. 431) consacrent le principe de la rémunération. Le C. Allemand déclare que la gestion de la tutelle est gratuite, mais le tribunal de tutelles est autorisé à allouer une rémunération au tuteur et même au subrogé-tuteur (art. 1836); une solution analogue avait été adoptée déjà dans le C. Autrichien (art. 266). Il en est à peu près de même en droit soviétique; l'art. 81 du dernier Code de la Famille est ainsi conçu : « Les obligations de la tutelle ou de la curatelle sont remplies gratuitement. S'il existe un avoir produisant un revenu et placé sous l'administration des organes de tutelle ou de curatelle, ceux-ci peuvent fixer une rémunération pour le tuteur ou le curateur, mais le montant de cette rémunération ne doit pas dépasser le 10 % du revenu produit par cet avoir ».

180. Gestion de la tutelle et de la curatelle. — Sur cette matière, de même que sur les incapacités et les excuses, le C. Ch. contient une réglementation très minutieuse, qu'il serait sans intérêt d'analyser ici. Nous ferons seulement deux remarques :

a) Lorsque le tuteur ou le curateur agit en représentation de son pupille, il doit exprimer cette circonstance. La disposition est ainsi conçue :

2. En droit italien, on décide en général que la gestion du tuteur est gratuite; R. de Ruggiero, *op. cit.*, t. II, p. 683.

Art. 411. — « Dans tous les actes et contrats faits « ou célébrés *en représentation* du pupille, du tuteur ou « curateur devra mentionner cette circonstance dans « l'écrit de l'acte ou du contrat, à peine, en cas d'omis- « sion de cette mention, d'être réputé avoir fait l'acte « ou célébré le contrat en représentation du pupille « s'il lui est utile et non dans le cas contraire ».

Par cette disposition, qui n'existe pas dans le C. F. et dont la rédaction a mérité des critiques et a donné lieu à de fausses interprétations¹, le législateur a voulu éviter que le tuteur ou le curateur puisse décliner les résultats défavorables d'une opération faite pour lui personnellement, en déclarant par la suite qu'il avait agi en qualité de prête-dom.

b) La deuxième, observation est relative au *partage*. Quoique les inconvénients du partage fait devant « *partidor* » (partage judiciaire) par rapport au partage amiable soient au Chili moins considérables qu'ils ne le sont en France, nous signalons que l'art. 1325 du C. Ch., modifié par l'art. 802 du Cod. de Proc. Civ. autorise le partage amiable, même lorsque parmi les intéressés il y a des absents, des mineurs ou des interdits ou d'autres personnes ne jouissant pas de la libre disposition de leurs biens. En imposant le partage judiciaire, dont les inconvénients sont multiples, la loi française a édicté une mesure de protection de l'in-

1. L. Claro, *op. cit.*, t. IV, n° 2137.

capable qui se retourne contre lui; c'est ainsi que des projets de réforme ont été étudiés et, dans la pratique, on fait ce qu'on peut pour échapper au partage judiciaire¹.

SECTION IV

L'HABILITATION D'ÂGE

181. Notion. — A la place de l'émancipation, envisagée comme moyen de conférer aux mineurs une certaine capacité par le C. F. ainsi que par la plupart des législations et de la déclaration de majorité prévue par le C. Allemand, le C. Ch. a établi l'habilitation d'âge, à l'exemple de la « *venia aetatis* » romaine.

Selon l'art. 297 l'*habilitation d'âge* est un privilège qui permet au mineur de faire tous les actes et de contracter toutes les obligations dont sont capables les majeurs, excepté ceux dont une disposition légale les déclare incapables. L'habilitation d'âge se réfère seulement à la vie civile, elle ne s'étend pas aux droits politiques (art. 302).

Il y a deux espèces d'habilitation d'âge; la légale et la judiciaire.

182. Habilitation d'âge légale: — a) L'homme qui a atteint l'âge de 21 ans est habilité de *plein droit* par le fait de son mariage (art. 298). Avant l'âge de 21 ans le

1. Colin et Capitant, *op. cit.*, t. I, p. 513 et s., t. III, p. 519; R. de la Grasserie, *Etude critique de la tutelle des mineurs en droit comparé*, Paris, 1912, p. 176 et s.; *Bulletin de la Société d'études législatives*, 1927, n° 1, p. 30 et s.

mariage n'a pas d'influence sur la capacité générale du mineur qui doit être pourvu d'un curateur (art. 148). La femme ne jouit pas du même privilège : le mariage ne l'habilite pas.

Les législations étrangères, qui ont accepté l'émancipation légale par le fait du mariage, ne font pas de distinction entre l'homme et la femme et ne fixent pas non plus un âge spécial pour l'émancipation, autre que celui exigé pour contracter mariage¹, mais il faut rappeler que souvent l'âge nuptial coïncide avec l'âge requis pour l'émancipation volontaire, ce qui n'est pas le cas au Chili. Dans le C. Allemand la déclaration de majorité qui remplace l'émancipation n'a pas lieu de plein droit, même dans le cas de mariage².

b) Les art. 246 et 439 déclarent que les mineurs sont réputés habilités d'âge à l'effet d'administrer et de jouir de leur pécule professionnel et industriel. Voici donc un autre cas d'habilitation légale, auquel on peut ajouter aussi celui de l'art. 241, d'après lequel les employés publics mineurs sont considérés comme majeurs en ce qui concerne leur emploi.

183. Habilitation d'âge judiciaire.— A la différence du système français, suivi par le C. Italien et par le C. Espagnol, d'après lequel l'émancipation qui n'est pas légale est *volontaire* et accordée par le père, la mère ou le

1. Comp. C. F., art. 476, C. italien, art. 310; C. espagnol, art. 314-1°; C. C. suisse, art. 14; C. brésilien, art. 9-1.

2. C. Bufnoir, etc., *op. cit.*, t. I, art. 3, note (2).

conseil de famille, au Chili, l'habilitation d'âge qui n'a pas lieu de plein droit, est *judiciaire*, c'est-à-dire décré-tée par le juge après avoir entendu les « *parientes* » du mi-neur, le curateur et le défenseur de mineurs (C. C. art. 299-300; C. de Proc. Civ., art. 1010-1016). Ceci rapproche le sys-tème chilien de celui qui est adopté par le C. Allemand (art. 3) et le C. C. Suisse (art. 15).

Les conditions requises pour obtenir l'habilitation d'âge sont les suivantes :

a) Le mineur doit être âgé de 21 ans. Nous estimons que cet âge est aujourd'hui exagéré. En droit français, le père ou la mère peuvent émanciper l'enfant âgé de 15 ans et après la mort des père et mère, le mineur âgé de 18 ans peut être émancipé par le conseil de famille (art. 477-478). La plupart des législations ont fixé l'âge de 18 ans¹.

b) Le mineur doit demander l'habilitation. Voici une autre différence avec le C. F. et le C. Italien, où l'éman-cipation est un acte unilatéral de celui qui émancipe, qui n'exige pas le consentement de l'émancipé². le C. Espagnol (art. 318 et 323), le C. Allemand (art. 4) et le C. C. Suisse (art. 15) exigent le consentement du mi-neur.

c) Le mineur doit être ni sous « *patria postestad* » ni sous puissance maritale.

1. C. italien, art. 311; C. espagnol, art. 318 et 323; C. allemand, art. 3; C. C. suisse, art. 18; C. brésilien, art. 9.

2. Colin et Capitant, *op. cit.*, t. I, p. 547-548; Baudry-Lacantinerie, *op. cit.*, t. I, n° 1169; Planiol, *op. cit.*, t. I, n° 1192; Planiol, Ripert et Savatier, *op. cit.*, n° 620; L. Josserand, *op. cit.*, t. I, n° 325; R. de Ruggie-ro, *op. cit.*, t. II, p. 672.

Le mineur sous « *patria potestad*, » qui veut demander l'habilitation d'âge, doit commencer pour obtenir son émancipation; c'est pour cela que nous avons dit que l'émancipation peut être un pas vers l'habilitation d'âge (v. n^o 169). Tout en étant judiciaire, l'habilitation d'âge est donc, en même temps, volontaire lorsque le mineur est sous « *patria potestad* » (Comp. C. Allemand, art. 4; C. C. Suisse, art. 15; C. Brésilien, art. 9-1).

En ce qui concerne la femme mariée, nous avons déjà signalé qu'elle n'est pas habilitée d'âge de plein droit par le mariage. Pendant la durée de celui-ci, la femme agée de 21 ans peut obtenir l'habilitation judiciaire si elle est séparée de corps. Au contraire, la femme séparée de biens ne peut jamais l'obtenir; elle doit être pourvue d'un curateur pour l'administration de ses biens sans préjudice des droits qui appartiennent au mari en qualité de tel (art. 163). On aggrave ainsi, sans motif, la situation des femmes mariées, dont l'incapacité elle-même devrait disparaître du Code.

184. Capacité du mineur habilité d'âge.— Le mineur habilité d'âge est, en principe, assimilé au majeur. L'art. 26 al. 2 dit : « Les expressions « *majeur d'âge ou majeur* » employées par les lois comprennent les mineurs qui ont obtenu l'habilitation d'âge pour toutes les choses et dans tous les cas où on ne les a pas exceptés en termes « *exprès* ». Parmi ces exceptions, on peut citer les suivantes : le mineur habilité d'âge ne peut pas se marier librement (art. 106 et 116); il ne peut être tuteur, cura-

teur ni exécuteur testamentaire (art. 500 et 1272); il ne peut aliéner ni hypothéquer¹ ses immeubles ni approuver le compte de son curateur sans autorisation du juge; la vente des immeubles autorisée par le juge doit se faire aux enchères publiques (ar. 303). Le mineur habilité d'âge n'est pas pourvu d'un curateur (art. 301, 342 et 436).

Comme on le voit, la capacité des mineurs habilités d'âge, sous le C. Ch. est plus étendue que celle des mineurs émancipés en droit français et en droit italien. Sous ces deux législations, le mineur émancipé est mis en curatelle et, en dehors des actes de pure administration, il doit agir assisté de son curateur; de plus, l'autorisation du conseil de famille est nécessaire pour accomplir les actes importants².

Le système espagnol se rapproche davantage du C. Ch. Le mineur émancipé, ou qui a obtenu le bénéfice de la majorité, est assimilé au majeur, mais il ne peut emprunter l'argent ni grever ou vendre des immeubles sans le consentement de son père, de sa mère ou de son tuteur (art. 317 et 324)³. La capacité du mineur qui a obtenu la déclaration de majorité d'après le C. Allemand et des mineurs émancipés d'après le C. C. Suisse et le C. Brésilien

1. Le mineur commerçant habilité d'âge peut néanmoins hypothéquer librement ses immeubles en garantie de ses obligations mercantiles (C. de commerce, art. 9).

2. Colin et Capitant, *op. cit.*, t. I, p. 551 et s.; Baudry-Lacantinerie, *op. cit.*, t. I, n^{os} 1181 et s.; Planiol, *op. cit.*, t. I, n^{os} 1999 et s.; Planiol, Ripert et Savatier, *op. cit.*, n^{os} 636 et s.; L. Josserand, *op. cit.*, t. I, n^{os} 327 et s.; R. de Ruggiero, *op. cit.*, t. II, p. 671-672 et 714.

3. C. Valverde, *op. cit.*, t. I, p. 267 et 272.

est encore plus complète; sauf pour le mariage, ils deviennent pleinement capables¹.

185. Irrévocabilité. — A la différence du C. F. (art. 485) et du C. Italien (art. 321), qui ont déclaré expressément que le bénéfice de l'émancipation peut être révoqué², et du C. Espagnol (art. 319) qui a consacré « *in terminis* » l'irrévocabilité de l'émancipation³, le C. Ch. n'a rien dit à propos de l'habilitation d'âge. Dans le silence des textes et vu l'irrévocabilité édictée pour l'émancipation (art. 269), on soutient que l'habilitation d'âge est irrévocable⁴.

186. Conclusion. — Pour terminer nos observations sur l'habilitation d'âge en droit chilien, nous répétons ici que pour se mettre d'accord avec les législations étrangères, il faudrait fixer l'âge de la majorité à 21 ans au lieu de 25 ans, supprimer du Code l'habilitation d'âge et la remplacer par l'émancipation, laquelle devrait être réglementée suivant le modèle des Codes les plus récents, dont nous avons rappelé quelques dispositions.

1. C. Allemand, art. 3, 1305 et 1308 (C. Bufnoir, etc., *op. cit.*, t. I, art. 3, note (2); t. III, art. 1308, note (3); C. C. suisse, art. 15, 96 et 98 (Curti-Forrer, *op. cit.*, art. 15, notes et art. 98, note 1; Rossel et Mentha, *op. cit.*, t. I, n° 91 et 310); C. Brésilien, art. 9 et 185 (C. Bevilacqua, *op. cit.*, t. I, art. 9, ob. 2).

2. Il faut rappeler cependant que les auteurs français sont d'accord pour soutenir que l'émancipation qui a lieu de plein droit par le mariage est irrévocable. Colin et Capitant, *op. cit.*, t. I, p. 547 et 550; Baudry-Lacantinerie, *op. cit.*, t. I, n° 1198; Planiol, *op. cit.*, t. I, n° 2032; Planiol, Ripert et Savatier, *op. cit.*, n° 633; L. Josserand, *op. cit.*, t. I, n° 336.

3. C. Valverde, *op. cit.*, t. I, p. 272 et t. IV, p. 520.

4. L. Claro, *op. cit.*, t. III, n° 1855.

SECTION V

SANCTION DE L'INCAPACITE DES MINEURS

§ I. Droit chilien

187. Au cours de notre étude nous avons indiqué l'étendue de l'incapacité des mineurs¹. Voyons maintenant quel est le système du C. Ch. en ce qui concerne la valeur des actes pour lesquels les mineurs sont incapables. Nous pouvons le résumer en quelques propositions :

1) Les actes que l'impubère fait seul, sans l'intervention de son représentant légal, sont nuls de nullité absolue, ils ne peuvent être confirmés et ils n'engendrent même pas une obligation naturelle ; la nullité se prescrit par trente ans (art. 1447 al. 1. et 2 ; 1682 al. 2 et 1683).

2) Les actes passés par un mineur pubère non habilité d'âge sans avoir obtenu l'autorisation ou la ratification de son représentant légal et les actes faits par les mineurs pubères habilités ou non habilités d'âge sans les formalités exigées par la loi en raison de la minorité sont nuls de nullité relative et, en conséquence susceptibles de confirmation. L'action en nullité se prescrit par quatre ans et, malgré l'annulation, le mineur qui a agi avec discernement reste tenu d'une obligation naturelle (art. 1447 al. 3, 1470, 1682 al. 3, 1684 et 1691),

2) Les actes faits par le représentant légal d'un mineur sans les formalités requises en raison de l'incapaci-

1. V. n^{os} 155, 168, 176 et 184.

té du représenté sont également nuls de nullité relative (*Ibid.*).

4) Les actes passés par le mineur ou son représentant, en se conformant à toutes les prescriptions légales, sont valables comme s'ils avaient été faits par un majeur (art. 1686).

A la différence du Droit romain¹ et de l'ancienne législation espagnole², qui accordaient l'« in integrum restitutio » même à l'égard des actes régulièrement faits par le représentant légal, s'ils avaient été préjudiciables aux intérêts du mineur, le C. Ch. n'ouvre aucune action contre les actes légalement accomplis par le mineur ou son représentant. A titre d'exception à cette règle, uniformément adoptée par le droit moderne, on peut rappeler l'action en *réduction* prévue par l'art. 484 al. 2 du C. F. en faveur du mineur émancipé, que la jurisprudence a étendue aux actes dépassant l'administration, alors même que le mineur se serait fait assister de son curateur pour les accomplir³.

Le C. Ch. prévoit seulement la nullité et l'annulabilité comme sanctions des actes irréguliers concernant les mineurs; le principe qu'on exprime par l'adage traditionnel « *minor restituitur non tanquam minor sed tanquam laesus* » n'a pas d'application en droit chilien. Ana-

1. E. Cuq, *op. cit.*, p. 215, 229 et s., 832 et s.; P. F. Girard, *op. cit.*, p. 233, 249 et s.; J. Fonlupt-Espéraber, *De la règle « minor restituitur non tanquam minor sed tanquam laesus » et de la protection du mineur non émancipé en droit civil français*. Thèse Paris, 1914, p. 11 et s.

2. E. Lehr, *op. cit.*, t. I, n° 250 et s.

3. Colin et Capitant, *op. cit.*, t. I, p. 569-570.

logue est le système adopté par le C. Italien, le C. Allemand, le C. C. Suisse et le C. Brésilien; mais, entre ces législations et le C. Ch., il y a des différences importantes que nous allons signaler. Nous exposerons aussi le système français reproduit dans le Projet franco-italien de Code des obligations des contrats, qui tient compte de la lésion.

§ II Droit comparé et conclusions

188. I. Système qui ne tient pas compte de la lésion.

C. Italien. — Ce Code ne fait pas de distinction entre les pubères et les impubères, la sanction prévue pour les actes irréguliers concernant tous les mineurs est l'annulabilité et l'action se prescrit par cinq ans (art. 1300 1303 et 1304)¹. Cependant, la théorie générale de l'acte juridique impose la nullité radicale des actes accomplis par le mineur qui n'est pas arrivé à l'âge de la raison².

C. Allemand. — La classification des mineurs en pubères et impubères n'a pas été faite par ce Code, mais il a distingué entre le mineur qui n'a pas accompli sa septième année et celui qui a atteint cet âge.

Le mineur qui n'a pas accompli sa septième année est incapable d'exercer ses droits et sa déclaration de volonté est nulle (art. 106 et 107).

A partir de l'âge de sept ans le mineur jouit d'une capacité restreinte (art. 106). Il n'a pas besoin de l'autorisation de son représentant légal pour faire une décalara-

1. R. de Ruggiero, *op. cit.*, t. I, p. 297 et s., 325 et s.

2. R. de Ruggiero, *op. cit.*, t. I, p. 294-296; J. Giorgi, *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno* t. III, n° 48-50.

tion de volonté par laquelle il acquiert *exclusivement un avantage juridique* (art. 107). Ce n'est pas l'idée de lésion qui fonctionne ici, « la loi ne s'attache pas aux réalités économiques, elle n'examine pas si la gestion du mineur a été pour lui avantageuse ou non, elle repousse ce système comme une source d'incertitudes et de difficultés, elle se contente d'analyser l'opération dans ses termes juridiques et la repousse comme dépassant la « capacité restreinte », si elle découvre autre chose qu'un pur et simple avantage pour le mineur. Elle ne pèse pas les avantages et les inconvénients pour juger l'acte; elle voit si l'acte pris en bloc ne contient que des avantages. C'est dire que tout contrat à titre onéreux dépasse la capacité des mineurs et qu'en réalité les §§ 106 et 107 du B. G. B. ne lui permettent guère que d'accepter un legs ou une donation. Encore faut-il qu'aucune charge ne grève la donation ou, du moins, que cette charge ne consiste qu'en une diminution de l'objet donné¹ ». Comme on le voit, c'est la même solution que celle adoptée par le droit romain pour les « *infantia majores* » : ils étaient capables de rendre leur condition meilleure et, pour apprécier cette circonstance, on appliquait un critérium purement juridique.

Pour accomplir les actes qui ne lui sont pas exclusivement avantageux, le mineur a besoin de l'autorisation de son représentant légal (art. 108 et s.). Cette autorisa-

1. J. Fonlupt-Espéraber, *op. cit.*, p. 179, d'après Ertmann, *Kommentar zum B. G. B.*, t. I, p. 322.

tion peut être donnée d'avance pour une série d'actes, parfois avec l'approbation du tribunal de tutelles, lequel peut même suppléer, dans certains cas, l'habilitation du représentant légal (art. 110, 112 et 113). Au sujet du défaut d'autorisation le C. Allemand contient des dispositions très intéressantes qu'il convient de transcrire :

Art. 108. — « Si le mineur conclut un contrat sans l'autorisation-requise de son représentant légal, l'efficacité du contrat dépend de l'approbation du représentant. — Si l'autre partie invite le représentant à faire sa déclaration au sujet de l'approbation, la déclaration ne peut être faite qu'envers elle; toute approbation ou tout refus d'approbation déclarés envers le mineur avant cette invitation deviennent inefficaces. L'approbation ne peut être déclarée que jusqu'à l'expiration d'un délai de deux semaines à partir de la réception de l'invitation; si elle n'est pas déclarée, elle est réputée refusée. Lorsque le mineur est devenu pleinement capable d'exercice des droits, son approbation remplace celle du représentant ».

Art. 109. — « Jusqu'à l'approbation du contrat l'autre partie a le droit de révocation. La révocation peut aussi être déclarée envers le mineur. Si l'autre partie a connu la minorité, elle ne peut révoquer que lorsque le mineur, contrairement à la vérité, s'est prévalu de l'autorisation de son représentant; elle ne peut révoquer, même dans ce cas, si le défaut d'autorisation lui

« était connu au moment de la conclusion du contrat ».

Art. 110. — « Un contrat conclu par le mineur sans l'assentiment de son représentant légal est réputé avoir été efficace dès l'origine lorsque le mineur effectue la prestation, telle qu'elle résulte du contrat, avec des ressources qui lui ont été remises dans ce but ou à sa libre disposition, soit par son représentant, soit par un tiers avec l'assentiment de ce dernier ».

Art. 111. — « Un acte juridique unilatéral que le mineur accomplit sans l'autorisation requise du représentant légal, est inefficace. Si le mineur, avec cette autorisation, accomplit un acte de cette nature envers une autre personne, l'acte juridique est inefficace, si le mineur ne produit pas l'autorisation sous forme écrite et que l'autre partie, sur ce motif, repousse l'acte juridique sans retard. Le droit de repousser l'acte serait exclu si le représentant avait fait connaître à l'autre partie son autorisation ».

Les art. 1829, 1830 et 1831 reproduisent les dispositions des art. 108, 109 et 111 pour les actes passés par le tuteur sans l'approbation requise du tribunal de tutelles.

De ces dispositions méritent spécialement d'être retenus la faculté accordée par l'art. 108 à celui qui a contracté avec le mineur pour provoquer l'approbation de son représentant légal et le droit de révocation conféré au contractant de bonne foi envisagé par l'art. 109, mesures très justes tendant à mettre fin à l'incertitude sur le sort définitif de l'acte.

*C. C. Suisse*¹. — Le système adopté par le Code ressemble à celui du C. Allemand. Des art. 16, 17, 18, 19, 280, 410, 412, 414 et 424 on peut dégager les solutions suivantes :

a) Les actes des mineurs incapables de discernement n'ont pas d'effets juridiques. A la différence du C. Allemand, on n'a pas fixé l'âge de sept ans; il appartient au juge de décider dans chaque cas si le mineur a agi raisonnablement.

b) Le mineur capable de discernement n'a pas besoin du consentement de son représentant légal pour acquérir à titre gratuit ou pour exercer des droits strictement personnels, mais, sans ce consentement, il ne peut s'obliger par d'autres actes. Le consentement peut être donné expressément ou tacitement; il peut être donné aussi d'avance pour une série d'actes par l'autorité tutélaire ou par le représentant légal selon les cas (art. 412 et 414). Si le consentement expresse ou tacite fait défaut, l'efficacité de l'acte dépend de la ratification du représentant légal. Celui qui a traité avec le mineur est libéré si la ratification n'a pas lieu dans un délai convenable qu'il a fixé ou fait fixer par le juge. A la différence du C. Allemand, le C. C. Suisse ne prévoit pas le droit de révocation.

c) Les actes faits par le tuteur sans le consentement de l'autorité de tutelle, dans le cas où elle est exigée ne produisent à l'égard du pupille que les effets des ac-

1. Rossel et Mentha, *op. cit.*, t. I, n^{os} 83-104, 847 et 867.

tes qu'il accomplirait lui-même sans le consentement de son tuteur.

*C. Brésilien*¹.— Sauf la distinction entre mineurs âgés de moins de seize ans et de plus de seize ans à la place de celle entre pubères et impubères, le système du C. Brésilien est « mutatis mutandis » le même que celui du C. Ch. (art. 5-1, 6-1, 145-1, 177 et 178 § 9-V).

189. II. Système qui tient compte de la lésion.—

C. Français.— Inspiré du principe « minor restituitur tanquam laesus, » le C. F., en plus de la nullité envisagée la rescision pour lésion et l'action en réduction (art. 1125, 1304 et s., 484). Le défaut de précision des textes et spécialement de l'art. 1305 a provoqué des discussions mais aujourd'hui on est d'accord pour accepter les conclusions suivantes² :

1) Les actes concernant les mineurs, astreints à des formalités spéciales, telles que l'autorisation du conseil de famille, l'homologation du tribunal, sont annulables lorsqu'ils ont été accomplis sans les formalités requises, même s'ils n'entraînent pas une lésion pour le mineur.

2) Les actes non astreints à des formalités spéciales, faits par les mineurs non émancipés sans l'intervention

1. C. Bevilacqua, *op. cit.*, t. I, art. 5, ob. 2 et 3; art. 6, ob. 1; art. 145, ob. 1 et 2.

2. Colin et Capitant, *op. cit.*, t. I, p. 559 et s.; Baudry-Lacantinerie, *op. cit.*, t. I, n^{os} 1185 et s.; t. II, n^{os} 462 et s.; Planiol, *op. cit.*, t. I, n^o 1630 et s., 2004-2008, t. II, n^{os} 1085-1086; Planiol, Ripert et Savatier, *op. cit.*, n^{os} 287 et s.; L. Josserand, *op. cit.*, t. I, n^{os} 313 et s.; J. Fonlupt-Espéraber, *op. cit.*, p. 115 et s.; G. Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, n^{os} 50 et s.

requis de leur représentant légal, ou par le mineur émancipé sans l'assistance exigée de son curateur, sont rescindables lorsqu'ils entraînent pour lui une lésion. Par exception, le paiement fait à l'incapable peut être attaqué sans avoir à démontrer une lésion (art. 1241).

3) Les actes du mineur émancipé qui ne dépassent pas sa capacité sont sujets à *réduction* en cas d'excès.

4) Les actes concernant les mineurs, accomplis conformément aux dispositions légales, sont valables comme s'ils avaient été faits par une personne capable, sauf cependant l'exception relative à l'action en réduction que nous avons signalée déjà (v. n° 187).

De même que le C. Italien, le C. F. n'a pas fait la distinction entre les pubères et les impubères, ni une autre équivalente; la nullité est toujours relative¹. L'action en annulation comme l'action en rescision se prescrivent par dix ans. Néanmoins, quoique la loi n'ait pas fait de distinction, de même qu'en droit italien on considère comme frappé d'une incapacité naturelle l'enfant qui n'est pas encore arrivé à l'âge de la raison et on décide que ses actes sont inexistantes pour défaut de volonté².

1. La jurisprudence fait une exception pour le contrat de mariage et pour l'acceptation d'une donation, qu'elle déclare nuls de nullité absolue lorsque l'incapable n'a pas été régulièrement habilité. Colin et Capitant, *op. cit.*, t. I, p. 564 et s., t. III, p. 41-42; Baudry-Lacantinerie, *op. cit.*, t. III, n° 33; Planiol, *op. cit.*, t. III, n° 836-839, 2576; Planiol, Ripert et Savatier, *op. cit.*, n° 288; R. Demogue, *Obligations*, t. II, n° 694.

2. Colin et Capitant, *op. cit.*, t. I, p. 74-75; H. Capitant, *Introduction...*, n° 260; Planiol, *op. cit.*, t. I, n° 273 et 348; L. Josserand, *op. cit.*, t. I, n° 125 et 313; R. Demogue, *Obligations*, t. II, n° 666 et 694.

Pour déterminer l'existence d'une lésion, le C. F. n'a donné aucune règle, le juge l'appréciera dans chaque espèce¹. Par contre, le C. Espagnol, qui admet la rescision pour lésion à l'égard des contrats passés par le tuteur sans l'autorisation du conseil de famille, a adopté un critérium objectif en exigeant une lésion de plus d'un quart (art. 1291).

Le Projet franco-italien de Codes des obligations et des contrats (art. 227 et 228) a adopté le système français qui combine l'annulabilité et la rescision par lésion, mais d'accord avec le C. Italien, on a réduit le délai de prescription à cinq ans. La disposition est ainsi conçue :

Art. 228. — « L'action en nullité est admise à l'égard des obligations des mineurs :

1° Lorsque les formalités établies pour certains de leurs actes par des dispositions spéciales de la loi n'ont pas été observées;

2° Lorsque le mineur non émancipé a fait, sans l'intervention de son représentant légal, un acte qui entraîne pour lui une lésion;

3° Lorsque le mineur émancipé a fait seul un acte pour lequel la loi exige l'assistance de son curateur et que cet acte entraîne pour lui une lésion² ».

190. III. Conclusion. — De l'examen du droit étranger, il résulte qu'il n'y a pas d'uniformité en ce qui concerne

1. R. Demogue, *Obligations*, t. I, n^{os} 399 et t. II, n^o 682; P. Louis Lucas, *Lésion et contrat*, Paris, 1926, p. 30 et s.

2. V. rapport p. LXXI et CXXV.

la sanction de l'incapacité des mineurs. Les législations sont partagées entre deux systèmes l'un — celui du C. F. et du Projet franco-italien — fondé sur l'idée qu'exprimait Bigot Preameneu en disant que le résultat de l'incapacité du mineur est de ne pouvoir être lésé et non de ne pouvoir contracter; l'autre — celui adopté par le C. Ch., le C. Italien, le C. Brésilien, et qui trouve son expression la plus juridiquement parfaite dans les dispositions du C. Allemand et du C. C. Suisse — qui accorde au mineur une protection plus forte en lui permettant d'attaquer ses actes, même en dehors de toute lésion.

Il y a de bons arguments à l'appui des deux conceptions. Si on veut conserver le système actuel du C. Ch., on devrait toutefois introduire les très sages dispositions du C. Allemand et du C. C. Suisse, qui tendent à éliminer l'incertitude sur le sort définitif de l'acte en donnant à celui qui a contracté avec le mineur la faculté de provoquer la ratification du représentant légal.

Nous signalons aussi que l'adoption du Projet franco-italien entraînerait au Chili le changement du système actuellement en vigueur.

CHAPITRE II

LES ALIENES. LES SOURDS-MUETS ET LES PRODIGUES

SECTION I

INCAPACITE ET INTERDICTION

191. Interdiction légale. — En droit chilien n'existe pas l'interdiction légale. Il y a des délits qui entraînent pour les coupables des sanctions d'ordre civil, telles que l'empêchement au mariage, la privation de la « patria potestad », l'incapacité pour la tutelle et la curatelle, l'exhérédation, l'incapacité ou l'indignité successorale, l'incapacité de servir de témoin, etc.¹. Mais le droit chilien, à la différence du droit français et d'autres législations étrangères², n'a pas prévu l'incapacité générale et la mise en tutelle de certains condamnés.

1. V. C. civ. art. 267-4°, 497-9°, 964, 968, 969, 1012, 1208. Loi sur le mariage civil, art. 6, 7, 14, etc.

2. *Droit français*. Loi du 31 mai 1854; C. pénal, art. 28, 29 et 31; H. Capitant, *Introduction...*, nos 146-147; Planiol, *op. cit.*, t. I, nos 374 et 1630, t. II, n° 1092; Colin et Capitant, *op. cit.*, t. III, p. 38-39 654-655 et 660; *Droit italien*; C. civ. art. 1; C. pénal, art. 20, 31, 33, 35; R. de Ruggiero, *op. cit.*, t. I, p. 328 et s.; *Droit anglais*; A. Curti, *op. cit.*, p. 111; *Droit espagnol*, C. civ., art. 32, 200, 228 et 230; C. Valverde, *op. cit.*, t. I, p. 327 et s., t. IV, p. 612; *Droit suisse*, C. civ., art. 371; Rossel et Menth, *op. cit.*, t. I, n° 789.

192. Interdiction judiciaire. — Le C. Ch. réglemente l'interdiction judiciaire de trois catégories de personnes : les prodigues, les aliénés et les sourds-muets (Liv. I, Tit. XXIV, XXV et XXVI). Nous présenterons dans les paragraphes suivants quelques observations à leur sujet. Nous signalons, dès à présent, que les interdits sont mis en curatelle; l'institution du conseil judiciaire n'existe pas au Chili. La curatelle des interdits est régie, en principe, par les mêmes règles que la curatelle des mineurs.

193. Incapacité légale sans interdiction. — Parmi les trois catégories de personnes que nous venons d'énoncer, les prodigues sont incapables, et encore d'une incapacité relative, seulement lorsqu'ils sont en état d'interdiction; au contraire, les aliénés ou les déments — pour employer l'expression du Code — et les sourds-muets, qui ne peuvent se faire comprendre par écrit, sont absolument incapables même sans interdiction (art. 1447). Il y a donc dans ce cas une incapacité *légale ou de droit* et non pas seulement une incapacité *naturelle ou de fait*, comme l'est celle des aliénés non interdits en droit français et italien¹. La solution adoptée par le C. Ch. a de l'importance en ce qui concerne la détermination de la valeur des actes des incapables en question.

1. Colin et Capitant, *op. cit.*, t. I, p. 581; R. de Ruggiero, *op. cit.*, t. I, p. 336 et s.

SECTION II

LES ALIENES

§ I. Droit chilien

194. Cas d'interdiction. — L'art. 456, al. 1 du C. Ch. dit : « L'adulte qui se trouve dans un état habituel de « démence devra être privé de l'administration de ses « biens, encore qu'il ait des intervalles lucides ». La loi exige donc deux conditions pour l'interdiction des aliénés. Nous allons les examiner brièvement.

1. *Age.* — En droit chilien, non seulement les majeurs, mais aussi les mineurs arrivés à la puberté, peuvent être mis en état d'interdiction.

Pour les imputèbles, l'incapacité absolue qui les frappe en raison de l'âge rend inutile l'interdiction. Pour les mineurs adultes, au contraire, l'interdiction offre des avantages : ils ont de *plein droit* l'administration et la jouissance de leur pécule professionnel ou industriel et leur incapacité est seulement relative. Il est vrai que, si le mineur est aliéné, l'incapacité relative de la minorité se double de l'incapacité dérivée de l'aliénation mentale qui est absolue, même sans interdiction, mais la protection accordée à l'interdit est plus forte à cause de la présomption irréfragable du défaut de volonté qui est inhérente à l'interdiction pendant toute sa durée. De même que pour le majeur, l'interdiction peut donc offrir de l'intérêt pour le mineur.

Non seulement la loi permet l'interdiction des mineurs adultes atteints d'aliénation mentale, mais elle impose aussi à leurs curateurs l'obligation de la provoquer (art. 458-459); par contre, si le mineur est sous « patria potestad », il est facultatif pour celui qui l'exerce de demander l'interdiction de l'enfant pendant sa minorité (art. 457). Nous estimons que cette différence n'est pas très justifiable, étant donné que l'incapacité de l'adulte sous « patria potestad » est la même que celle des mineurs en curatelle. Il aurait été plus logique d'obliger aussi le titulaire de la « patria potestad », tout en lui réservant l'exercice de celle-ci, à demander l'interdiction de l'enfant mineur aliéné.

2. *Etat habituel de démence.* — La deuxième condition exigée par l'art. 456 est l'état habituel de démence, même avec des intervalles lucides. L'expression « *démence* » n'a pas été bien choisie; il est hors de doute que le législateur l'a employée avec sa signification ordinaire d'affection mentale qui ôte l'usage de la raison, mais le mot « *démence* » a, dans la science médicale, un sens technique restreint. L'expression « *aliénation mentale* » aurait été plus exacte.

Le C. Ch. parle seulement de « *démence* »; l'ivresse, la faiblesse d'esprit ni d'autres désordres mentaux n'ont pas été envisagés. Il appartient au juge, dans chaque espèce, de déterminer, d'après l'opinion des médecins et les autres preuves fournies, si on est en présence d'un cas d'interdiction. Si le juge estime que l'affection

atteint un degré suffisant pour la faire rentrer dans la « démence » dont parle le Code, il décrètera l'interdiction qui entraîne la nomination d'un curateur et l'incapacité absolue du sujet. Dans le cas contraire et s'il n'est pas question d'un sourd-muet ou d'un prodigue, il n'y aura pas lieu à l'interdiction — de laquelle il faut rapprocher l'internement dans une maison de fous — ni à aucune autre mesure restrictive de la capacité. Le C. Ch., à la différence d'autres législations que nous allons étudier, n'a pas prévu une situation intermédiaire entre l'interdiction et la pleine liberté d'agir pour les personnes qui, sans être « déments », ne jouissent cependant pas de la normalité d'esprit.

195. Etendue et sanction de l'incapacité des aliénés.

— *Aliénés interdits ou internés.* — L'art. 465, al. 1 dit : « Les actes et contrats faits par le dément postérieurement au décret d'interdiction seront nuls, encore que « l'on allègue qu'ils ont été accomplis ou faits dans un « intervalle lucide ». D'après les art. 1447, al. 1 et 2 et 1682, al. 2, la nullité est absolue.

De l'aliéné interdit il faut rapprocher l'aliéné interné. L'art. 25 de la loi du 31 juillet 1856 sur les maisons de fous, déclare, en effet, que les actes de l'aliéné interné seront soumis aux mêmes effets que ceux des aliénés interdits.

L'art. 456, al. 1 établit une présomption irréfragable d'insanité d'esprit permanente à l'égard de l'interdit ; mais, si catégorique que puisse paraître le texte, il est

discutable que la règle posée soit sans exception. La doctrine se demande si l'aliéné interdit ne pourrait pas, dans un intervalle lucide, accomplir certains actes qui, exigeant une appréciation personnelle, sont incompatibles avec l'idée de représentation. En ce qui concerne le testament, le doute semble écarté par l'art. 1005-3°, qui déclare expressément incapable de tester celui qui est frappé d'interdiction pour cause de démence. Pour le mariage¹, la reconnaissance d'un enfant naturel et d'autres actes de la même catégorie, la question est discutable. A supposer qu'on reconnaisse à l'aliéné interdit la faculté de se marier dans un intervalle lucide, il reste à déterminer les conditions dans lesquelles il peut faire un contrat de mariage; à ce sujet, on peut rappeler la disposition de l'art. 1721, al. 2, selon laquelle « celui qui se trouve en curatelle pour une autre cause que la minorité, aura besoin de l'autorisation de son curateur pour le contrat de mariage ». Quoique la teneur littérale du texte permet de l'appliquer aux aliénés interdits, on soutient néanmoins qu'il se réfère seulement aux interdits frappés d'une incapacité relative². On voit donc qu'on peut discuter sur la portée de la présomption de l'art. 465, al. 1 du C. Civ., de même que, comme nous le verrons plus loin, on discute sur l'application de l'art. 502 du C. F. en dépit de sa formule

1. V. le n° 81 ainsi que pour le droit comparé sur la matière.

2. L. Claro, *op. cit.*, t. V, n° 2454.

absolue : « *Tous actes* passés par l'interdit... seront nuls de droit ».

En ce qui concerne les délits et quasi-délits, la capacité est régie par des règles spéciales; l'art. 2319 parle simplement de « déments » sans rien dire de l'interdiction. Du reste, il est évident que la présomption d'insanité permanente ne peut être applicable dans cette matière; le contraire équivaldrait à permettre à l'aliéné interdit de nuire impunément à autrui. Nous signalons, toutefois, que, d'après l'art. 2320, al. 3 et 6, les tuteurs ou curateurs sont responsables des dommages causés par les pupilles qui vivent sous leur dépendance et sous leur garde, à moins qu'on ne prouve que le fait a été accompli, malgré leur autorité et leur surveillance. L'art. 1384 du C. F. n'a pas prévu cette hypothèse.

196. Aliénés non interdits ni internés. — Les actes accomplis par l'aliéné non interdit ni interné « seront valables, à moins qu'on ne prouve que leur auteur était alors en état de démence » (art. 465, al. 2). Dans ce cas, ses actes sont nuls de nullité absolue (art. 1447, al. 1 et 2, et 1682, al. 2).

Le C. Ch. n'a fait aucune distinction entre les actes de l'aliéné interdit antérieurs à l'interdiction et ceux de l'aliéné qui n'a pas été l'objet d'interdiction; tous sont régis par les mêmes règles¹. Il n'y a pas de règles

1. La traduction de l'art. 465 donnée par M. H. Prudhomme peut induire en erreur. L'al. 2 a été ainsi traduit : « Au contraire, les actes et contrats accomplis ou faits *avant l'interdiction* seront valables, à moins de prouver que leur auteur était alors en état de démence ». Dans l'original on lit « *sin previa interdiccion* », expression qui ne signifie pas pro-

spéciales pour les actes à titre gratuit et on n'a pas édicté non plus de dispositions tendant à restreindre l'action en nullité après la mort de l'aliéné (V. C. F., art. 503, 504 et 901).

Pour annuler les actes de l'aliéné non interdit, il faut prouver qu'il était *alors* en état de démence. Il est évident qu'il appartiendra à celui qui demande la nullité d'établir l'incapacité, mais les difficultés se présentent quant à l'étendue de la preuve. Suffira-t-il de prouver un état habituel de démence pour rejeter sur l'adversaire la charge d'établir l'intervalle lucide? ou, au contraire, faudra-t-il prouver qu'au moment même d'accomplir l'acte qu'on veut annuler, l'auteur n'avait pas sa raison? Il y a des juristes qui se décident pour cette dernière alternative en se fondant sur le mot « *alors* » employé par l'art. 465, al. 2¹, mais nous estimons que la conclusion contraire s'impose. Nous avons eu déjà l'occasion de dire qu'à la différence du C. F. et du C. Italien, la loi chilienne a édicté pour les « déments », même non interdits ni internés, une incapacité légale générale et absolue. Or, une incapacité légale générale suppose un état plus ou moins durable; si donc on a prouvé un état habituel d'aliénation mentale, on aura établi l'incapacité légale et il appartiendra à l'adver-

prement « avant l'interdiction », mais « sans interdiction préalable ». Le texte du C. Ch. se réfère donc tant aux actes de l'aliéné interdit antérieurs à l'interdiction envisagés par l'art. 503 du C. F. qu'à ceux qui ont été accomplis en dehors de toute interdiction qui n'ont pas été envisagés « in terminis » par le C. F.

1. A. Barros, *op. cit.*, t. III, p. 348; C. Fabres, *op. cit.*, t. I, n° 124, p. 78. *Contra* : L. Claro, *op. cit.*, t. V, n° 2458 et s.

saire de prouver la capacité de *fait*, c'est-à-dire l'intervalle lucide. Il en serait autrement dans le cas d'un acte accompli par une personne atteinte d'une crise accidentelle de folie; alors, il ne serait pas question d'une incapacité légale, mais d'une incapacité de fait et, pour annuler l'acte, il faudrait démontrer le défaut de volonté de l'auteur au moment de l'accomplissement.

Pour confirmer notre raisonnement, nous transcrivons un paragraphe de MM. Colin et Capitant¹ : « Mais, s'il n'y a ni interdiction ni internement, les actes du prétendu fou, le Code Civil ne s'en occupant pas, ne pourront être nuls qu'en vertu des principes généraux du droit, par cette raison qu'il leur manque un élément essentiel, primordial, de tout acte juridique, qui est la volonté d'agir. Il faudra donc prouver que l'auteur de l'acte était fou *au moment précis où il a effectué l'acte critiqué*. Peu importerait à défaut de cette démonstration, qu'on rapportât la preuve de désordres fréquents de son cerveau, constituant un *état habituel de démence*. Cet état habituel en effet, a le supposer démontré, n'entraîne pas une incapacité; il n'en résulte pas, comme cela devrait être établi pour que l'acte fût nul, que l'auteur de cet acte s'est trouvé, au moment où il a agi, sous l'empire d'une crise morbide et, par conséquent, dénué de volonté juridique ». Le simple *état habituel de démence*, qui, en France et en Italie n'en-

2. *Op. cit.*, t. I, p. 581.

traîne pas une incapacité légale, parce que le C. F. (art. 1124) et le C. Italien (art. 1106) déclarent incapables les interdits mais non pas les *non* interdits, entraîne, au contraire, au Chili une *incapacité légale*, parce que le C. Ch. (art. 1447) mentionne parmi les incapables « *les déments* » sans distinguer délibérément entre interdits et non interdits.

Pour l'existence de l'*incapacité légale*, la loi n'a pas exigé que la démence soit *noloire*, ce qui peut constituer un danger pour les tiers qui traitent avec l'aliéné sans connaître son état.

197. Actes du représentant légal de l'aliéné. — Les actes accomplis par le représentant légal de l'aliéné, sans les formalités requises en raison de l'incapacité du représenté, sont nuls de nullité relative (art. 1682, al. 3).

— Si on laisse de côté les quelques difficultés qui peuvent se présenter, le système adopté par le C. Ch. au sujet de l'incapacité de l'aliéné est simple et on peut le résumer dans les propositions suivantes : 1) Les mineurs aliénés peuvent être mis en interdiction; 2) L'état d'aliénation mentale entraîne incapacité légale et non seulement incapacité naturelle; 3) L'interdiction pour cause d'insanité d'esprit a lieu uniquement en cas d'état habituel de démence; la faiblesse d'esprit, l'ivresse, etc., ne peuvent donner lieu par elles-mêmes à une restriction de la capacité d'agir; 4) En principe, l'interdiction exclut les intervalles lucides; 5) L'unique sanction

pour les actes des aliénés interdits ou non interdits, internés ou non internés, est la nullité absolue.

Comparons maintenant ces solutions avec celles qui ont été admises par quelques législations étrangères.

§ II. Droit comparé et conclusions.

198. Droit anglais¹. — On comprend parmi les incapables les aliénés (« lunatics ») et les faibles d'esprit (« mental defectives »).

Si l'aliénation mentale a été judiciairement reconnue par une « inquisition », le malade mental devient un « lunatic so found by inquisition », ou, en abrégé, un « lunatic so found » et il est pourvu d'un tuteur. Sans faire déclarer judiciairement l'aliénation, on peut au moyen d'une procédure plus simple, faire interner seulement l'aliéné (« reception orders ») dans un asile (« lunatic asylum »). L'interné est également sous tutelle. Les faibles d'esprit (imbéciles, idiots), dont l'état a été constaté par le juge peuvent être mis aussi en tutelle et placés dans un asile.

Le tuteur d'un aliéné « so found » s'appelle « committee »; dans les autres cas, le tuteur est dénommé « quasi-committee » ou « receiver ». On distingue, en outre, entre le tuteur relatif à la personne (« committee of the person ») et le tuteur relatif aux biens (« committee of the state »).

1. E. Jenks, etc., *Digeste de droit civil anglais*, t. I, art. 64 et s., p. 18-19; A. Curti, *op. cit.*, p. 31-32 et 109-111.

Les personnes qui s'adonnent à la boisson (« habitual drunkards ») ne peuvent être mises en tutelle que dans les cas où elles soient devenues aliénées ou faibles d'esprit.

En ce qui concerne la valeur des actes des personnes atteintes de maladie mentale, il est difficile de formuler des règles, mais on peut donner quelques précisions.

Pour les actes unilatéraux et spécialement dans le testament, il n'y a pas de distinction à faire; ils sont nuls à moins qu'ils n'aient été faits pendant un intervalle lucide.

Quant aux actes synallagmatiques, il faut faire une distinction :

a) Si la maladie mentale n'a pas été l'objet d'une constatation judiciaire, les actes sont valables à moins qu'on ne puisse prouver que l'autre partie connaissait l'état d'aliénation. Par exception, le mariage peut être annulé même si l'autre partie ignorait l'état mental au moment de le contracter.

b) Si la maladie mentale a été judiciairement reconnue, c'est-à-dire quand il est question d'un « lunatic so found », les actes de disposition du patrimoine, faits par acte scellé (« deed ») et le mariage sont nuls, même si l'autre partie ignorait l'état de son co-contractant et même s'ils ont été accomplis pendant un intervalle lucide.

Pour les fournitures d'objets nécessaires, il y a une règle spéciale. L'aliéné est obligé dans tous les cas, même si

l'autre partie connaissait son état d'aliénation, à payer un prix raisonnable pour les objets nécessaires qui lui ont été vendus et livrés.

La nullité des actes de l'aliéné est, en principe, relative.

199. Droit français. — I. L'art. 489 du C. F. dit :
« Le majeur qui est dans un état habituel d'imbécillité,
« de démence ou de fureur, doit être interdit, même lors-
« que cet état présente des intervalles lucides ». Aux
termes de l'art. 505 l'interdit est mis en tutelle.

Le C. F. parle seulement de *majeurs*. L'incapacité plus rigoureuse des mineurs, sous ce Code, enlève toute l'importance à leur interdiction. « Cette mesure est inutile, dit Baudry-Lacantinerie, parce qu'elle n'ajoute rien à la protection dont l'aliéné est déjà entouré en sa qualité de mineur ». Il semble cependant que l'interdiction pourrait être utile dans le cas d'un mineur aliéné émancipé par son mariage, étant donné que l'émancipation tacite n'est pas susceptible de révocation. Quoiqu'il en soit, les auteurs, d'accord avec la jurisprudence, acceptent en France l'interdiction des mineurs pour éviter que, dans l'intervalle entre la majorité et l'interdiction, ils puissent accomplir des actes préjudiciables¹.

En ce qui concerne l'imbécillité, la démence ou la

1. Colin et Capitant, *op. cit.*, t. I, p. 585; Baudry-Lacantinerie, *op. cit.*, t. I, n^{os} 1210-1212; Planiol, *op. cit.*, t. I, n^{os} 2039-2040; Planiol, Ripert et Savatier, *op. cit.*, n^{os} 660 et s.; L. Josserand, *op. cit.*, t. I, n^o 532.

fureur, dont parle la disposition transcrite, la doctrine décide uniformément que l'énumération de la loi n'est pas limitative et que l'interdiction peut avoir lieu dans tous les cas de dérangement habituel des facultés intellectuelles, quelle qu'en soit la cause; exemple, vieillesse, surdi-mutité, ivresse habituelle, de nature à ne pas permettre à l'incapable de comprendre la portée de ses actes¹.

Si l'affection mentale n'est pas d'une gravité suffisante pour interdire le sujet, l'art. 499 autorise la nomination d'un *conseil judiciaire* qui doit l'assister pour plaider, transiger, emprunter, recevoir un capital mobilier ou en donner décharge, aliéner ou grever ses biens d'hypothèques. Profitant de la formule large employée par l'article en question — « si les circonstances l'exigent » — la jurisprudence a fait extensive la nomination du conseil judiciaire et l'a appliquée même à des cas dans lesquels il n'existe pas de faiblesse d'esprit proprement dite, mais seulement des inhabilités physiques ou morales pouvant mettre en danger la fortune du sujet. Ainsi les tribunaux ont appliqué la mesure de l'art. 499 dans des hypothèses telles que la surdité, l'ivrognerie habituelle lorsqu'elle entraîne une mauvaise gestion du patrimoine, l'extrême vieillesse quand elle empêche de veiller suffisamment à la conservation de la fortune².

1. Colin et Capitant, *op. cit.*, t. I, p. 584-585; Baudry-Lacantinerie, *op. cit.*, t. I, n° 1260; Planiol, *op. cit.*, n°s 2086-2087; Planiol, Ripert et Savatier, *op. cit.*, n° 716; L. Josserand, *op. cit.*, t. I, n° 531.

2. Planiol, *op. cit.*, t. I, n° 2111.

Nous étudierons en détails l'incapacité du faible d'esprit dans le paragraphe destiné aux prodigues¹.

II. Quant à l'étendue et à la sanction de l'incapacité de l'aliéné, il faut faire des distinctions :

a) D'après l'art. 502 du C. F. « *tous actes* passés par l'aliéné postérieurement au jugement d'interdiction, ou par le faible d'esprit sans l'assistance requise du conseil judiciaire, sont *nuls de droit*. On interprète généralement cette dernière expression dans le sens que le juge doit prononcer la nullité des actes en question sans prendre en considération les intervalles lucides, l'absence de lésion ni la bonne foi des tiers.

Quoique la formule de l'art. 502 soit absolue — *tous actes* — on discute sur sa portée. Il y a des auteurs qui soutiennent que les actes extrapatrimoniaux, tels que l'adoption, le mariage, la reconnaissance d'un enfant naturel, etc., peuvent être accomplis par l'interdit pendant un intervalle lucide². On a discuté aussi pour le testament et les donations entre vifs, actes que le tuteur ne peut pas faire au nom de l'intéressé³. A supposer qu'on reconnaisse à l'interdit la faculté de se marier pendant un intervalle lucide, reste encore discutable la question de savoir si le tuteur peut faire un contrat de

1. V. n° 220.

2. Colin et Capitant, *op. cit.*, t. I, p. 592-593; Baudry-Lacantinerie, *op. cit.*, t. I, n° 1240-1241; Planiol, *op. cit.*, t. I, n° 708-710 et 2079; Planiol, Ripert et Savatier, *op. cit.*, n° 691-692; Planiol, Ripert et Rouast, *op. cit.*, n° 97; L. Jossierand, *op. cit.*, t. I, n° 542 et s.; R. Demogue, *Obligations*, t. II, n° 678.

3. Colin et Capitant, *op. cit.*, t. III, p. 654; Baudry-Lacantinerie, *op. cit.*, t. III, n° 873; Planiol, *op. cit.*, t. III, n° 2899.

mariage en représentation de l'interdit sans l'intervention de celui-ci¹.

En matière de responsabilité délictuelle, nous répétons que l'art. 1384 n'a pas établi une présomption de faute à l'égard du tuteur pour les cas de délits ou de quasi-délits commis par le pupille².

A la différence du droit chilien, la situation des actes de l'interné en droit français n'est pas la même que celle des actes de l'interdit. En effet, de l'expression « *pourront* être attaqués », employée par l'art. 39 de la loi du 30 juin 1838, on déduit que les actes de l'interné non interdit ne sont pas nuls de droit; le tribunal garde un pouvoir d'appréciation et peut se refuser à les annuler en raison de la bonne foi des tiers ou s'ils ont été faits pendant un intervalle lucide³.

b) Les actes *antérieurs* à l'interdiction peuvent être annulés si la cause de l'interdiction existait *notoirement* à l'époque où ces actes ont été faits (art. 503). Ici la nullité n'est pas de droit; de même que pour les actes de l'aliéné simplement interné, le tribunal jouit d'un pouvoir discrétionnaire; il peut refuser la nullité en tenant compte de certaines circonstances telles que l'intervalle lucide et la bonne foi des tiers⁴.

1. Colin et Capitant, *op. cit.*, t. III, p. 38-39; Baudry-Lacantinerie, *op. cit.*, t. III, n° 36; Planiol, *op. cit.*, t. III, n° 794.

2. Colin et Capitant, *op. cit.*, t. II, p. 389; Planiol, *op. cit.*, t. II, n° 910-2°.

3. Colin et Capitant, *op. cit.*, t. I, p. 599-600; Baudry-Lacantinerie, *op. cit.*, t. I, n° 1260; Planiol, *op. cit.*, t. I, n°s 2086-2087; Planiol, Ripert et Savatier, *op. cit.*, n° 716; L. Josserand, *op. cit.*, t. I, n° 559.

4. Colin et Capitant, *op. cit.*, t. I, p. 594-596; Baudry-Lacantinerie,

c) Il reste les actes de l'aliéné qui n'a pas été l'objet d'interdiction ni d'internement. Nous avons déjà dit que, dans le C. F. (art. 1124), n'existe pas l'*incapacité légale* des aliénés non interdits ni internés et, comme il n'y a non plus aucune disposition spéciale relative à la nullité de leurs actes, il faut appliquer les principes généraux sur la validité des actes juridiques. Pour les annuler, il faudra donc prouver le défaut de volonté de l'auteur au moment de leur accomplissement¹.

Le C. F. contient, par contre, des dispositions tendant à restreindre l'action en nullité à l'égard des actes de l'aliéné non interdit. L'art. 504 dit : « Après la mort d'un individu, les actes par lui faits ne pourront être attaqués pour cause de démence qu'autant que son interdiction aurait été prononcée ou provoquée avant son décès, à moins que la preuve de la démence ne résulte de l'acte même qui est attaqué ». Par exception, on décide que cette restriction ne s'applique pas aux donations entre vifs et aux testaments, pour lesquels l'art. 901 exige que l'auteur soit sain d'esprit; on peut donc demander leur nullité quoiqu'ils ne démontrent pas par eux-mêmes l'aliénation et même si l'interdiction n'a pas été provoquée du vivant de l'auteur².

op. cit., t. I, n° 1243; Planiol, *op. cit.*, t. I, n° 2085; Planiol, Ripert et Savatier, *op. cit.*, n° 697; L. Josserand, *op. cit.*, t. I, n° 547.

1. Colin et Capitant, *op. cit.*, t. I, p. 581-582; Baudry-Lacantinerie, *op. cit.*, t. I, n° 1239, t. II, n° 94; Planiol, *op. cit.*, t. I, n° 2074 et s.; Planiol, Ripert et Savatier, *op. cit.*, nos 724-725; L. Josserand, *op. cit.*, t. I, nos 522-524; R. Demogue, *Obligations*, t. II, nos 667 et 670.

2. Colin et Capitant, *op. cit.*, t. I, p. 582-583; t. III, p. 633-635; Baudry-Lacantinerie, *op. cit.*, t. I, n° 1244, t. III, n° 873; Planiol, *op. cit.*,

En ce qui concerne le caractère de la nullité des actes des aliénés, il y a divergence d'opinions¹. La doctrine enseigne que la nullité doit être absolue au moins dans le cas où l'on prouve l'insanité d'esprit de l'auteur au moment d'accomplir l'acte discuté. Cependant, la jurisprudence décide que la nullité pour aliénation mentale est toujours relative, aussi bien dans le cas où elle est fondée sur le simple fait de l'interdiction que lorsqu'on prouve l'insanité d'esprit au moment même de l'accomplissement de l'acte. Si contraire aux principes qu'elle puisse paraître, cette solution donnée par la jurisprudence est plus avantageuse pour l'incapable : il peut demander la nullité, mais on ne peut pas l'invoquer contre lui.

200. Droit italien². — Avec des dispositions plus précises le C. italien a adopté un système analogue à celui du C. F.

I. Les art. 324 et 325 déclarent expressément que le mineur émancipé peut être interdit, et aussi le mineur non émancipé, dans la dernière année de sa minorité.

On a remplacé l'expression « état habituel d'imbécillité, de démence, ou de fureur », de l'art. 489 du C. F. par

t. I, n° 2077; t. III, n° 2873-2876; Planiol, Ripert et Savatier, *op. cit.*, n° 726; Jossierand, *op. cit.*, t. I, n° 525-526; R. Demogue, *Obligations*, t. II, n° 673-675.

1. Colin et Capitant, *op. cit.*, t. I, p. 582 et 594-595; Baudry-Lacantinerie, *op. cit.*, t. I, n° 1239; Planiol, *op. cit.*, t. I, n° 2074 et 2083-2084; Planiol, Ripert et Savatier, *op. cit.*, n° 674 et 724; L. Jossierand, *op. cit.*, n° 522 et s., 542 et s.; R. Demogue, *Obligations*, t. II, n° 667 et 686.

2. R. de Ruggiero, *op. cit.*, t. I, p. 336-339; t. II, p. 685-689; J. Giorgi, *op. cit.*, t. III, n° 60-66 et 85-90.

celle, plus adéquate, d'« état habituel de maladie mentale » (*condizione di abituale infermità di mente*).

Pour les faibles d'esprit, à la place de la nomination d'un conseil judiciaire, on a édicté une interdiction partielle — *inabilitazione* —, qui entraîne la mise en curatelle. En fait, les résultats sont presque les mêmes qu'en droit français, car, d'après l'art. 339 du C. Italien, les faibles d'esprit dont l'état n'est pas assez grave pour donner lieu à l'interdiction peuvent être inhabiles « à ester en justice, à transiger, emprunter, recevoir des capitaux, en fournir quittance, aliéner ou hypothéquer et à faire tout autre acte excédant la simple administration sans l'assistance d'un curateur qui sera nommé par le conseil de famille ou de tutelle¹.

II. Au sujet de l'étendue et de la sanction de l'incapacité des aliénés :

a) La formule absolue de l'art. 502 du C. F. a été reproduite par l'art. 335, al. 1, qui dit : « Les actes faits par l'interdit après le jugement d'interdiction ou même après la nomination de l'administrateur provisoire, sont nuls de droit ». Mais il faut remarquer qu'en droit italien il n'y a pas lieu à discuter à propos de la validité du testament, du mariage ou du contrat de mariage de l'interdit faits pendant un intervalle lucide, car l'art. 763-2^o déclare expressément incapables de tester « les interdits pour maladie d'esprit » et nous savons

1. Pour les détails sur l'incapacité du faible d'esprit, v. n^o 221.

déjà qu'ils ne peuvent pas se marier, d'après l'art. 61, al. 1.

L'al. 2 de l'art. 335 porte : « La nullité ne peut être invoquée que par le tuteur, l'interdit, ses héritiers ou ses ayants cause ». La nullité est donc, cela est hors de doute, relative.

b) La disposition de l'art. 403 du C. F. a été améliorée dans l'art. 336, qui est ainsi conçu : « Les actes antérieurs à l'interdiction peuvent être annulés si la cause de l'interdiction existait au moment où ces mêmes actes ont été faits, et chaque fois que la nature du contrat, le grave préjudice qui en résulte ou peut en résulter pour l'interdit, ou toute autre circonstance démontrent la mauvaise foi de celui qui a contracté avec l'interdit. » Dans le cas prévu par cet article la nullité est aussi relative.

c) Pour les aliénés non interdits ni inhabilités, le C. Italien (art. 1106), de même que le C. F., n'a pas édicté l'incapacité légale. La valeur de leurs actes est régie, en conséquence, par les principes généraux, qui conduisent à admettre la nullité absolue lorsqu'on prouve le défaut de volonté¹.

L'art. 337 reproduit la disposition de l'art. 504 du C. F. et les art. 763 et 1052 contiennent des dispositions qui, comme celle de l'art. 901 du C. F., autorisent à déduire que le testament et les donations peuvent être

1. J. Giorgi, *op. cit.*, t. III, n° 61.

annulés après la mort de l'auteur, même si l'interdiction n'a pas été déclarée ni provoquée de son vivant.

201. Droit allemand¹. I. — D'après les art. 6-1^o et 3^o et 1896, peut être interdit et mis en tutelle :

a) Celui qui, par suite de maladie mentale ou de faiblesse d'esprit, n'est pas en état de prendre soin de ses affaires;

b) Celui qui, par suite d'état d'ivresse habituel, n'est pas en état de prendre soin de ses affaires, ou qui s'expose, lui ou sa famille, au danger de tomber dans l'indigence, ou qui compromet la sûreté d'autrui.

L'art. 6 n'ayant pas fait de distinction, on décide que tant les majeurs que les mineurs peuvent être interdits².

L'art. 1906 prévoit aussi la tutelle provisoire pour les majeurs dont l'interdiction est requise, lorsque le tribunal de tutelles le juge nécessaire pour éviter un danger grave pour la personne ou le patrimoine du majeur.

1. C. Bufnoir, etc., *op. cit.*, t. I, notes aux art. 6, 104-115; t. III, art. 1910 notes (2) et (3).

2. Du point de vue de la valeur des actes des mineurs aliénés ayant accompli leur septième année, l'interdiction est justifiée surtout si l'on accepte que, dans le cas d'état habituel de trouble mental sans interdiction (art. 104-2^o), la preuve de l'intervalle lucide peut être admise. En effet, l'interdiction exclut la preuve des intervalles lucides et il aurait été peu logique d'édicter seulement pour les majeurs cette protection plus rigoureuse.

Nous signalons que, à la différence de l'habilitation pour administrer et jouir de son pécule, que le C. Ch. accorde de *plein droit* au mineur adulte et dont la possibilité de révocation par le représentant légal n'a pas été prévue, les facultés qui, d'après les art. 110, 112 et 113 du C. allemand ont été conférées au mineur qui a accompli sa septième année pour agir seul dans un certain ordre d'activités, sont susceptibles de révocation. Sous cet aspect, l'interdiction du mineur en droit allemand offre moins d'intérêt qu'en droit chilien.

Dans certains cas l'affection mentale peut donner lieu seulement à la curatelle. Les al. 2 et 3 de l'art. 1910 sont ainsi conçus : « Un majeur qui n'est pas en tutelle et qui, par suite d'infirmités *intellectuelles* ou physiques, n'est pas en état de prendre soin de quelques-unes de ses affaires, ou d'une certaine nature de ses affaires, notamment de celles qui touchent à son patrimoine, peut recevoir un curateur pour ses affaires. — La curatelle ne peut être organisée que du consentement de l'infirme, à moins qu'il ne soit impossible de s'entendre avec lui ». Il faut bien remarquer que cette dernière disposition se réfère uniquement aux hypothèses dans lesquelles il y a un empêchement *partiel*; si le majeur atteint d'infirmité intellectuelle n'est pas en état de prendre soin de toutes ses affaires, il y a lieu à l'interdiction et à la tutelle. Ceci est important au point de vue de la valeur des actes, comme nous le verrons par la suite.

II.— En ce qui concerne l'étendue et la sanction de l'incapacité fondée sur l'insanité d'esprit en droit allemand, nous envisagerons trois points : A. — Actes des interdits et des personnes en tutelle provisoire ou curatelle; B. — Actes de ceux qui n'ont pas été l'objet de ses mesures; — C. Dispositions spéciales.

A. — 1) Les actes des interdits pour *maladie mentale* sont nuls de nullité absolue sans qu'on puisse prouver. un intervalle lucide (art. 6-1^o, 104-3^o et 105 al. 1).

2) Les actes des interdits pour faiblesse d'esprit ou pour ivresse habituelle et de ceux qui ont été mis en tu-

telle provisoire sont dans la même condition que les actes des mineurs qui ont accompli leur septième année. Les personnes mentionnées ne sont pas absolument incapables; elles jouissent d'une capacité restreinte (art. 6-3°, 114, 106 et s.) (V. n° 188).

3) L'infirme sous curatelle conserve sa capacité juridique et il peut accomplir, en conséquence, les actes mêmes qui rentrent dans les attributions du curateur.

B. — En ce qui concerne les actes qui n'ont pas été l'objet d'aucune des mesures précédentes, il faut envisager deux situations :

1) Celui qui se trouve dans un état de trouble mental de caractère pathologique, excluant toute libre disposition de sa volonté, en tant qu'il ne s'agit pas d'un état passager de sa nature, est incapable d'exercer des droits et ses déclarations de volonté sont nulles de nullité absolue (art. 104-2° et 105 al. 1). Comme on le voit, il y a ici une incapacité *légale* et non seulement une incapacité de *fait*. Il suffira donc de prouver l'état permanent de trouble mental en question pour faire tomber les actes accomplis par celui qui en est atteint, sans qu'il y ait besoin d'établir l'insanité d'esprit au moment même de leur accomplissement. Et même on soutient — sauf discussion — que, dans le cas qui nous occupe la preuve de l'intervalle lucide n'est pas admise.

Cette règle s'applique non seulement aux actes de l'aliéné antérieurs à l'interdiction, mais aussi à ceux des personnes qui n'ont pas été l'objet d'interdiction. Le C.

allemand n'a pas édicté non plus de restrictions analogues à celles de l'art. 504 du C. F. pour annuler les actes après la mort de l'aliéné non interdit.

On a critiqué le C. Allemand de n'avoir exigé la *notoriété* de l'état habituel d'aliénation mentale. « Il en résulte, disent MM. Colin et Capitant¹, un danger réel pour les tiers, exposés à des nullités sans que rien les avertisse. La meilleure législation serait celle qui permettrait l'annulation des actes de l'aliéné libre moyennant deux conditions, la démonstration de son état habituel de démence et la notoriété de cet état ».

2) Si l'état habituel de trouble mental dont nous venons de parler n'a pas été établi, il faudra, pour attaquer un acte en raison d'insanité d'esprit de son auteur, qu'on prouve que celui-ci se trouvait en état de trouble mental au moment même où l'acte a été passé. Cela prouvé, l'acte attaqué serait nul de nullité absolue (art. 105 al. 2).

C. — Au sujet du testament et de la responsabilité délictuelle, il y a des dispositions spéciales qu'il convient de rappeler.

1) Les art. 2229 et 2230 sont ainsi conçus :

Art. 2229. — « Celui qui ne possède pas la pleine capacité d'exercer ses droits n'a pas besoin, pour faire un testament, du consentement de son représentant légal. Un mineur ne peut faire de testament que s'il est âgé de 16 ans révolus. Celui qui est interdit pour

1. *Op. cit.*, t. I, p. 581. Cf. C. Bufnoir, etc., *op. cit.*, t. I, art. 104, note § III.

cause de faiblesse d'esprit, de dissipation ou d'ivrognerie, ne peut faire de testament. L'incapacité prend naissance au moment du dépôt de la demande sur laquelle l'interdiction est prononcée ».

Art. 223. — « Si l'interdit a fait un testament avant que la décision qui prononce l'interdiction soit devenue définitive, l'interdiction ne fait pas obstacle à la validité du testament, si l'interdit meurt avant le moment où cette décision est définitive. Il en est de même si l'interdit fait un testament après qu'une demande en mainlevée de l'interdiction a été formée et si la mainlevée est donnée conformément à cette demande ».

Celui qui a été mis en tutelle provisoire (art. 1906), n'ayant pas été compris dans l'exception de l'al. 3 de l'art. 2229, peut donc faire son testament, d'accord avec l'al. 1.

Le testament de l'interdit pour maladie mentale suit la règle générale, c'est-à-dire qu'il sera nul même s'il est fait dans un intervalle lucide. Dans les cas de non interdits en état habituel de trouble mental envisagé par l'art. 104-2^o, il y a des auteurs qui acceptent la validité du testament fait pendant un intervalle lucide¹.

2) En ce qui concerne la responsabilité délictuelle, l'art. 827 est ainsi conçu : « Quiconque, étant dans un état d'inconscience ou dans un état de trouble mental

1. C. Bufnoir, etc., *op. cit.*, t. I, art. 104, note § III.

de caractère pathologique excluant toute libre disposition de la volonté, cause un dommage à un autre, n'est pas responsable du dommage. S'il s'est placé dans un état passager de cette nature en faisant usage de boissons alcooliques ou de moyens analogues, il est, relativement au dommage que, étant dans cet état, il a causé par un fait contraire au droit, responsable de la même manière que lorsqu'il a à répondre de sa négligence; aucune responsabilité ne lui incombe s'il est tombé dans cet état sans qu'il y ait de sa faute ».

202. Droit suisse. I. A l'égal du C. Allemand, le C.C. Suisse envisage l'interdiction et la tutelle¹ dans les cas de maladie mentale, faiblesse d'esprit, et ivrognerie (art. 369-370).

D'après l'art. 385 al. 2, la procédure de l'interdiction pourra au besoin être engagée avant que le pupille ait atteint la majorité. « En principe — disent MM. Rossel et Mentha — l'interdiction ne peut être provoquée tant que la personne à placer sous tutelle n'est pas majeure. Mais si un individu encore mineur, est atteint d'une maladie mentale, ou s'il s'est adonné à la boisson et s'il était dangereux de le laisser arriver à l'âge de vingt ans sans avoir préalablement assuré l'avenir, et pour éviter l'écueil d'une situation provisoire inquiétante, l'art. 385 al. 2 prévoit que : La

1. Les *enfants majeurs interdits* sont cependant soumis à la puissance paternelle, à moins que l'autorité compétente ne juge à propos de leur nommer un tuteur (art. 273, al. 2 et 285, al. 3). V. Carl Ott, *La puissance paternelle du Code civil suisse*, Neuchâtel, 1911, nos 84-92 et 111-112; Rossel et Mentha, *op. cit.*, t. I, n° 624 et 809.

procédure d'interdiction pourra au besoin être engagée avant que le pupille ait atteint la majorité¹ ». Comme on le voit, c'est la même solution que celle adoptée par la jurisprudence française.

Indépendamment de l'interdiction et de la tutelle, le C. C. Suisse envisage d'autres mesures de protection² :

a) L'art. 395 édicte la curatelle entraînant restriction de la capacité, « s'il n'existe pas de cause suffisante pour interdire des personnes majeures et si néanmoins une privation partielle de l'exercice des droits civils est commandée par leur intérêt ». L'article spécifie ensuite l'étendue de l'incapacité des personnes soumises à cette espèce de curatelle.

b) Si la maladie est assez légère et de courte durée, mais empêche cependant l'intéressé de gérer lui-même ses biens ou de choisir un mandataire, il y a lieu aussi à la nomination d'un *curateur* (art. 393-2°); mais, dans ce cas, la curatelle ne restreint pas la capacité juridique de celui qui en est l'objet.

1. *Op. cit.*, t. I, n° 809. Du point de vue de la validité des actes des mineurs aliénés, l'interdiction n'offre pas d'intérêt. En effet, l'interdiction n'entraîne pas la nullité de droit de tous les actes postérieurs, contrairement au droit allemand; la preuve de l'intervalle lucide est admise et les actes de l'interdit qui a agit avec discernement se trouvent dans la même condition que les actes du mineur capable de discernement (art. 19, 410 et s.). La situation du mineur aliéné non interdit sera donc la même que celle du mineur interdit, puisqu'il suffira de la preuve de son état d'aliénation — qu'on aurait dû fournir aussi pour l'interdire — pour rejeter sur l'adversaire la charge d'établir l'existence de l'intervalle lucide.

2. Rossel et Mentha, *op. cit.*, t. I, n° 790, 817-825 et 856.

c) Il y a finalement un autre degré de protection : *la tutelle et la curatelle volontaire*. D'après les art. 372 et 394, tout majeur peut demander sa mise en tutelle ou curatelle, « s'il établit qu'il est empêché de gérer convenablement ses affaires par suite de faiblesse sénile, de quelque infirmité ou de son inexpérience ». Par exemple, un individu de caractère incurablement léger, oublieux, influençable, ne pourra être mis en tutelle ou en curatelle contre son gré, à moins qu'on ne puisse lui reprocher la prodigalité, la mauvaise gestion, l'ivrognerie ou l'inconduite de l'art. 370, mais il aura droit à se prévaloir des dispositions citées et demander la nomination d'un tuteur, ou, s'il l'estime préférable, d'un curateur, pourvu que son défaut de normalité soit suffisant pour l'empêcher de gérer convenablement ses affaires.

II. En ce qui concerne la sanction de l'incapacité des aliénés, le C. C. Suisse a adopté le même système que pour les mineurs (V. n° 188)¹.

a) Les actes accomplis sans discernement sont nuls de nullité absolue, sans distinguer si le sujet est ou non interdit (art. 18).

b) Les actes accomplis avec discernement par l'interdit sont valables s'ils ont été autorisés ou ratifiés par le tuteur; dans le cas contraire, ils peuvent être annulés. Cependant, pour acquérir à titre gratuit ou pour exercer des droits strictement personnels,

1. Rossel et Mentha, *op. cit.*, t. I, n° 83-104, 823, 847 et 867.

l'interdit capable de discernement n'a pas besoin du consentement de son tuteur (art. 19 et 410). Même dans le cas d'un aliéné interdit la preuve de l'intervalle lucide est donc admise.

c) Les actes de celui qui a été mis en curatelle entraînant la restriction de la capacité (art. 395), s'ils ont été accomplis sans l'assistance requise de son curateur ou sans sa ratification, sont également annulables.

d) Dans tous les autres cas, les actes accomplis avec discernement sont valables sans aucune formalité.

Comme on le voit, toute la question se réduit à établir si l'auteur de l'acte a agi avec discernement ou sans discernement. Pour déterminer à qui appartient la charge de la preuve dans le cas de l'aliéné non interdit, des difficultés peuvent se présenter dans la pratique. Voici ce que disent MM. Rossel et Mentha¹ : « Ceux qui, étant majeurs, ne sont pas interdits pour trouble de leur raison et ceux qui, étant encore en état de minorité, ont cependant dépassé l'âge à partir duquel on se rend compte de ses actes, seront admis au bénéfice d'une présomption virtuelle de capacité de discernement, et le fardeau de la preuve incombera nécessairement à celui qui contestera la vérité matérielle de cette présomption. Les autres seront réputés incapables de discernement, et la preuve de l'incapacité, lors de l'accomplissement de l'acte litigieux, se fera

1. *Op. cit.*, t. I, n° 95.

par celle des parties qui s'en prévaut. Comme il est malaisé de tracer une ligne de démarcation très nette entre ceux qui devront être tout d'abord tenus pour capables ou incapables, à moins qu'on ne soit en présence d'un cas d'interdiction pour maladie mentale ou faiblesse d'esprit, il sera prudent de ne pas se fier exclusivement à cette répartition du fardeau de la preuve toutes les fois qu'il s'agira des cas plus ou moins douteux et qui seront à la limite des deux catégories de personnes que nous avons cherché à faire. Nous n'avons plus à nous occuper du problème délicat des intervalles lucides, dans les maladies mentales, dès que la preuve sera apportée qu'une certaine personne est un aliéné, l'existence d'un intervalle lucide, dont la portée demeure problématique, devra être établie par ceux qui l'allèguent ».

203. Droit espagnol¹. Le C. Espagnol prévoit l'interdiction et la tutelle pour les fous ou déments (*locos o dementes*) même lorsqu'ils ont des intervalles lucides (art. 200-2^o, 213 et s.) Aucune mesure de protection n'a été prévue pour ceux qui, sans être fous ou déments, ne jouissent pas cependant de la pleine normalité de leur esprit.

Rien n'a été dit sur le point de savoir si les mineurs aliénés peuvent être interdits.

En ce qui concerne l'étendue et la sanction de l'inca-

1. C. Valverde, *op. cit.*, t. I, p. 279-283.

pacité, il n'y a non plus aucune disposition spéciale en dehors de celle de l'art. 665, qui autorise le dément à tester dans une forme spéciale pendant un intervalle lucide. On en a déduit *a contrario* que la preuve de l'intervalle lucide n'est pas admise pour valider les actes de l'aliéné interdit.

Quant aux actes des non-interdits ou antérieurs à l'interdiction, à défaut de disposition spéciale, on les soumet aux règles générales de la nullité par défaut de volonté (art. 1263-2°).

204. Droit brésilien¹. D'après les art. 5-II, 441-I et s. du C. Brésilien, les fous de toute sorte (*luocos de todo o genero*) sont absolument incapables et mis en curatelle après interdiction. L'art. 1627-II répète spécialement pour le testament l'incapacité des aliénés. Ce Code, de même que le C. Ch. et le C. Espagnol, n'a pas prévu des institutions protectrices plus faibles que l'interdiction, mais l'expression générale — « fous de toute sorte » — employée par le législateur permet d'élargir le champ d'application de l'interdiction.

On a gardé le silence sur la possibilité d'interdire les mineurs aliénés.

Quant à la sanction de l'incapacité, d'après l'art. 145-1, les actes des absolument incapables sont nuls de nullité absolue. Suivant l'opinion de l'auteur du Code, cette sanction s'applique dans toute sa rigueur aux actes des aliénés interdits postérieurs à l'interdiction,

1. C. Bevilacqua, *op. cit.*, t. I, art. 5, ob. 4-7; t. II, art. 452, ob. 1.

sans qu'on puisse prouver l'existence d'un intervalle lucide; les actes antérieurs à l'interdiction sont seulement annulables. Cette opinion fait naître le doute sur le caractère de la nullité des actes de l'aliéné non interdit.

205. Conclusions. — L'exposé de droit étranger que nous venons de faire nous permet de dégager quelques conclusions :

1) La plupart de législations étudiées appellent tutelle, et non pas curatelle, comme l'a fait le C. Ch., l'institution protectrice des aliénés interdits.

2) Les législations modernes ont multiplié les cas d'interdiction pour dérangement des facultés intellectuelles et, à côté de l'interdiction, ont envisagé très sagement d'autres institutions protectrices pour ceux qui se trouvent dans un état intermédiaire entre l'aliénation mentale et la pleine normalité d'esprit. Nous signalons cependant que l'interdiction prévue pour les sourds-muets et pour les prodigues comble, en partie, la lacune du C. Ch.

3) En ce qui concerne la sanction de l'incapacité, on ne peut pas dégager une tendance nette. Le système du C. Ch. se rapproche de celui adopté par le C. Allemand pour les interdits pour maladie mentale et pour les non-interdits qui se trouvent dans un état permanent ou passager de trouble mental.

Il semble que le système le plus acceptable est celui adopté par le C. C. Suisse. En effet, on protège l'inca-

pable et on respecte à la fois les principes, en frappant de nullité absolue les actes faits sans discernement et en déclarant valables les actes accomplis avec discernement, pourvu que, si l'auteur de l'acte est en état d'interdiction ou sous curatelle, soit intervenue l'autorisation ou la ratification du tuteur ou du curateur. Toutefois, on pourrait faire au système suisse la même critique, qu'on a adressée au C. Allemand et qu'on peut adresser aussi au C. Ch., de n'avoir pas exigé la notoriété de l'état d'insanité d'esprit pour annuler les actes du non-interdit.

SECTION III

LES SOURDS-MUETS

§ I. Droit chilien

206. Cas d'interdiction. — Le C. Ch. a édicté l'interdiction et la curatelle pour les sourds-muets, arrivés à l'âge de la puberté, qui ne peuvent comprendre ni se faire comprendre par écrit (art. 342, 355 et 469-472)¹.

En principe, les règles de l'interdiction et de la curatelle des aliénés sont applicables à l'interdiction et à la curatelle des sourds-muets; l'art. 470 s'y réfère. Il y a certaines dispositions, comme celle qui ordonne la publicité du décret d'interdiction de l'aliéné, qui ne s'appli-

1. Nous devons signaler qu'il n'y a pas d'uniformité dans les textes, pour préciser l'incapacité des sourds-muets. Certaines dispositions (art. 355 et 472) parlent de sourds-muets qui ne peuvent comprendre ni se faire comprendre par écrit; d'autres (art. 342 et 1447) se réfèrent seulement aux sourds-muets qui ne peuvent comprendre par écrit.

quent pas dans le cas des sourds-muets; la notoriété de l'incapacité ne rend pas nécessaire cette mesure destinée à avertir les tiers.

Quoique le C. Ch. n'ait pas fait expressément de distinction entre la surdi-mutité congénitale et la surdi-mutité acquise, on pourrait soutenir que le législateur n'a pas envisagé cette dernière dans les dispositions relatives à l'interdiction des sourds-muets. Cette conclusion semble se dégager de la rédaction de certains articles et surtout du renvoi fait par l'art. 470 aux dispositions qui régissent l'interdiction des aliénés, desquelles on a intentionnellement exclu les art. 458, al. 2 et 459, qui envisagent précisément des cas d'aliénation mentale acquise. Nous estimons cependant que la surdi-mutité acquise doit être aussi une cause d'interdiction en droit chilien; cette solution s'impose, en effet, en raison de la nullité radicale prévue pour les actes de tous les sourds-muets qui ne peuvent se faire comprendre par écrit. S'il en était autrement, le sourd-muet devenu tel à un âge plus ou moins avancé, qui ne saurait lire ni écrire, se trouverait dans une situation impossible : il ne pourrait agir seul ni choisir un mandataire et on ne pourrait non plus lui donner un représentant légal.

207. Etendue et sanction de l'incapacité des sourds-muets¹. — Les sourds-muets qui ne peuvent se faire

1. La simple surdité ou la simple mutité donne lieu à des incapacités spéciales. Ainsi les muets et les sourds peuvent tester seulement par testament mystique (art. 1024); ils ne peuvent servir de témoins

comprendre par écrit sont absolument incapables de s'obliger et, en conséquence, leurs actes sont nuls de nullité absolue (art. 1447, al. 1 et 2 et 1682, al. 2). Ici, aucun doute n'est possible : la même incapacité frappe les sourds-muets de naissance et les autres, les sourds-muets interdits et les non-interdits.

D'autre part, l'incapacité étant générale, il n'y a pas lieu, en principe, d'examiner l'importance ou la nature des actes pour appliquer les sanctions. En ce qui concerne les testaments, il n'y a pas d'exception à relever, puisque, d'après les art. 1005-5°, 1022, 1024 et 1034, ceux qui ne peuvent pas s'exprimer de vive voix ou par écrit sont incapables de tester. Il en est de même pour le mariage¹, sauf que, dans ce cas, la nullité est prescriptible par le délai d'un an à partir de la cessation de l'incapacité.

En matière de responsabilité délictuelle, les sourds-muets sont soumis au droit commun, le C. Ch. n'ayant pas édicté pour eux une disposition de faveur, qui aurait été justifiée comme contre-partie de leur incapacité absolue. Il faut rappeler, toutefois, que le curateur est responsable des dommages causés par le sourd-muet qui vit sous sa dépendance et sous sa garde, à moins qu'il ne prouve que le fait a été accompli malgré son autorité et sa surveillance (art. 2320, al. 3 et 6).

dans un testament ni dans un mariage (C. civ. art. 1012-6° et 7° et 1031; L. M. C. art. 14-4°). Les muets ne peuvent être nommés tuteurs ni curateurs (art. 497-2°); etc.

1. V. n° 82 ainsi que pour le droit comparé sur la matière.

On voit donc que la situation des sourds-muets qui ne peuvent se faire comprendre par écrit est très rigoureuse en droit chilien.

§ II. Droit comparé et conclusions

208. Droit anglais. — Ceux qui sont à la fois sourds-muets et aveugles sont assimilés aux idiots. Blackstone dit¹ : « Un homme n'est pas un idiot (F. N. B. 233), s'il a quelque lueur de raison, s'il peut nommer ses parents; dire son âge et autres choses communes de ce genre. Mais un homme né sourd, muet et aveugle, est regardé par la loi comme étant dans le même état qu'un idiot (Co. Litt. 42. — Fleta, l. 6, c. 40); on le suppose incapable d'aucune intelligence, parce qu'il manque des sens qui fournissent les idées à l'esprit humain ». Et plus loin, il ajoute : « Mais, sous le terme général de *non compos mentis*, qui, suivant Sir Ed. Coke (1 Inst. 246), est le plus légal, sont compris non seulement les lunatiques, mais aussi les frénétiques, ou ceux qui ont perdu l'intelligence par l'effet d'une maladie, ceux qui deviennent sourds, muets et aveugles et ne sont pas nés tels... ».

209. Droit français. — Le C. F. ne contient pas de dispositions spéciales au sujet des sourds-muets, en dehors de celle de l'art. 936, qui figure au chapitre des donations entre vifs, et qui dit : « Le sourd-muet, qui

1. Planiol, *op. cit.*, t. III, n^{os} 2688, 2702 et 2721; G. Bonnefoy, *op. cit.*, n^{os} 78-87.

saura écrire, pourra accepter lui-même ou par un fondé de pouvoir. S'il ne sait pas écrire, l'acceptation doit être faite par un curateur nommé à cet effet suivant les règles établies au titre *De la minorité, de la tutelle et de l'émancipation* ».

Quoique, de cette disposition isolée, on ait essayé de dégager une règle générale, la tentative n'a pas eu de succès et on décide uniformément que le sourd-muet est en principe capable, sans distinguer s'il sait ou s'il ne sait pas écrire, pourvu qu'il puisse exprimer sa volonté. Comme exception on peut citer le testament; le sourd-muet qui ne sait pas écrire ne peut tester d'aucune manière, celui qui sait écrire peut seulement faire un testament olographe ou mystique.

Si la surdi-mutité a entraîné la privation de la raison, elle peut donner lieu, suivant les cas, à l'interdiction et à la tutelle ou à la nomination d'un conseil judiciaire; mais ces mesures seront prises en raison du dérangement des facultés intellectuelles et non pas à cause de la surdi-mutité elle-même¹.

210. Droit italien². — D'après l'art. 340 du C. Italien, le sourd-muet de naissance parvenu à l'âge de la majorité est, de plein droit, inhabilité, à moins que le tribunal ne l'ait déclaré habile à pourvoir à ses propres

1. G. Bonnefoy, *op. cit.*, n^{os} 56-59; Colin et Capitant *op. cit.*, t. I, p. 584-585; Baudry-Lacantinerie, *op. cit.*, t. I, n^{os} 1212 et 1247; Planiol, *op. cit.*, t. I, n^{os} 2040 et 2111; Planiol, Ripert et Savatier, *op. cit.*, n^{os} 660 et 732; L. Josserand, *op. cit.*, t. I, n^o 531; R. Demogue, *Obligations*, t. II, n^o 668.

2. J. Giorgi, *op. cit.*, t. III, n^{os} 53 et s.

affaires. Il sera pourvu d'un curateur, dont l'assistance est requise pour ester en justice, transiger, emprunter, recevoir des capitaux ou fournir quittance, aliéner ou hypothéquer et faire tout autre acte excédant la simple administration. La situation est la même quant au faible d'esprit dont l'état n'est pas assez grave pour donner lieu à l'interdiction.

Pour les sourds-muets qui ne le sont pas de naissance, le C. Italien ne contient pas de dispositions spéciales. Ils sont donc capables, à condition qu'ils puissent manifester leur volonté.

En ce qui concerne l'incapacité de tester, le sourd-muet ne peut pas faire de testament par acte public, mais il peut faire un testament olographe ou secret, pourvu qu'il puisse écrire (art. 786)¹.

211. Droit espagnol². — La situation des sourds-muets qui ne savent pas lire ni écrire est en principe analogue à celle des aliénés. Comme ceux-ci, ils sont incapables de prêter leur consentement (art. 1263-2^o) et ils doivent être interdits et mis en tutelle (art. 200-2^o et 213-220). Cependant, d'après l'art. 218, la déclaration d'incapacité doit fixer les limites et l'extension de la tutelle selon le degré d'incapacité du sourd-muet, ce qui revient à dire que l'incapacité n'en est pas forcément générale par le seul fait que le sourd-muet ne sait pas lire ni écrire.

1. R. de Ruggiero, *op. cit.*, t. I, p. 327; t. II, p. 873-875.

2. C. Valverde, *op. cit.*, t. I, p. 278 et s.; t. V, p. 66.

En ce qui concerne la capacité testamentaire, d'après les art. 688 et 709, le sourd-muet peut faire un testament olographe et un testament mystique spécial, pourvu qu'il sache écrire, et on soutient qu'il en est de même pour le testament par acte public.

212. Droit allemand¹. — Sous le C. Allemand, le sourd-muet n'est pas incapable par le seul fait qu'il ne sait ni lire ni écrire. Cependant, si son état l'empêche de prendre soin de *toutes* ses affaires ou d'une *partie* de ses affaires, il peut être pourvu d'un curateur. La curatelle ne peut être organisée que du consentement de l'infirme, à moins qu'il ne soit impossible de s'entendre avec lui (art. 1910). Cette curatelle, comme nous le savons déjà, ne prive pas de la capacité juridique la personne qui en est l'objet.

En ce qui concerne le testament, si le sourd-muet ne peut pas écrire, il ne peut tester d'aucune manière. « Le testament par signes, même dans les cas où ces signes forment un langage et où ils seraient interprétés par une personne compétente, n'est pas permis ». Si le sourd-muet peut écrire, il lui sera possible de faire un testament olographe (art. 2231-II) et, s'il peut lire et écrire, il pourra faire aussi un testament authentique (art. 2238 et 2243). Si le sourd-muet a appris à parler à haute voix et à se faire comprendre de celui qui s'exprime de même, il va de soi que sa capacité testamentaire sera celle de droit commun.

1. C. Bufnoir, etc., *op. cit.*, t. III, art. 1910, notes et art. 2243, note III.

Tout en n'ayant pas fait du sourd-muet un incapable, le C. Allemand contient pour lui une disposition de faveur en matière de responsabilité délictuelle. D'après l'art. 828, al. 2, le sourd-muet est placé dans la même condition que l'enfant de plus de sept ans qui n'a pas accompli sa dix-huitième année; il n'est pas responsable lorsque, au moment de la réalisation du fait dommageable, il n'avait pas le discernement nécessaire pour se rendre compte de la responsabilité.

213. Droit suisse. — Le C. C. Suisse n'a pas exigé non plus la condition de savoir lire et écrire pour accorder capacité au sourd-muet. Celui-ci est en principe capable, mais, si, à cause de la surdi-mutité, il se trouve empêché de gérer convenablement ses affaires, il peut, d'après les art. 372 et 394, demander sa mise en tutelle ou en curatelle (*tutelle et curatelle volontaire*)¹.

Quant à la capacité testamentaire de sourds-muets, elle est soumise aux règles générales; « Même les sourds-muets de naissance — disent MM. Rossel et Mentha² — jouissent de la capacité de disposer, pourvu qu'ils sachent et puissent déclarer leur volonté dans l'une des formes prescrites ». Le sourd-muet ne pourra donc faire un testament olographe s'il ne peut écrire (art. 505) et il ne pourra naturellement faire de testament oral (art. 506). Mais le sourd-muet peut tester par testament

1. E. Huber, *Exposé de Motifs*, t. I, p. 249; Rossel et Mentha *op. cit.*, t. I, nos 790 et 822.

2. *Op. cit.*, t. II, n° 925.

public, même s'il ne peut lire ni écrire, pourvu qu'il soit en état de comprendre la lecture faite par l'officier public; en effet, le C. C. Suisse (art. 500 et 502), à la différence du C. Allemand, n'exige pas la condition de pouvoir lire et écrire pour ceux qui ne peuvent pas parler et, comme il n'a pas édicté non plus une forme spéciale pour faire la déclaration devant l'officier public on admet qu'elle peut être faite même par signes¹.

214. Droit brésilien. — D'après l'art. 5-III du C. Brésilien, « les sourds-muets qui ne peuvent pas exprimer leur volonté sont absolument incapables. En conséquence, leurs actes sont nuls de nullité absolue (art. 145-I et 146).

L'art. 446 dit : « Sont soumis à curatelle : II. Les sourds-muets n'ayant pas reçu l'instruction qui leur permette de manifester leur volonté d'une façon certaine » et l'art. 451 ajoute : « Une fois l'interdiction du sourd-muet prononcée, le juge fixera, d'après le développement mental de l'interdit, l'étendu des pouvoirs du curateur ».

Comme on le voit, le C. Brésilien n'a pas subordonné la capacité du sourd-muet à la condition qu'il puisse s'exprimer par écrit; il suffit qu'il soit en état de manifester sa volonté d'une façon certaine par un moyen intelligible.

En matière de testament l'art. 1627-IV, répétant la

¹ E. Curti-Forrer, *op. cit.*, art. 500, note 3, art. 501, note 7 et art. 502, note 7.

règle générale, déclare incapables de tester « les sourds-muets qui ne peuvent manifester leur volonté ». De cette disposition il ne faudrait pas déduire *a contrario* que le sourd-muet jouisse d'une large capacité testamentaire, même sans pouvoir écrire; en effet, il ne peut pas faire de testament public, pour lequel on exige qu'on puisse exprimer « de vive voix sa déclaration » (art. 1635) et il ne peut pas faire de testament mystique s'il ne sait ni lire ni écrire (art. 1641 et 1642) et, s'il ne peut écrire, le sourd-muet ne peut faire non plus de testament privé (art. 1645).

215. Conclusion. — L'exposé que nous venons de faire nous permet de conclure que, si on laisse de côté la capacité testamentaire, le système de C. Ch. à l'égard des sourds-muets n'est pas en harmonie avec ceux qu'ont adoptés les principales législations étrangères. En général, on a prévu des mesures de protection pour ceux qui en ont besoin, mais on n'a pas déclaré incapables de plein droit, même les sourds-muets qui peuvent exprimer leur volonté d'une façon intelligible.

Incapable de se marier et d'accomplir par lui-même des actes juridiques, si peu importants soient-ils, le sourd-muet qui ne peut pas écrire mais qui est en état de manifester sa volonté d'une façon certaine par un autre moyen, se trouve en droit chilien, dans une situation peu justifiable. En compensation de la rigueur avec laquelle on l'a exclu du commerce juridique, on aurait dû édicter du moins pour le sourd-muet une disposition

de faveur en matière de responsabilité délictuelle analogue à celle de l'art. 828 du C. Allemand.

Néanmoins, pour apprécier la portée de notre critique, il ne faut pas oublier que l'art. 471 du C. Ch. oblige le représentant légal du sourd-muet à lui procurer, dans la mesure du possible, une éducation convenable et, en pratique, on arrive à supprimer l'incapacité avec la méthode moderne d'éducation des sourds-muets fondée sur l'idée « de faire accomplir à l'œil les fonctions de l'oreille », pour apprendre à « lire sur la bouche d'autrui » et à se servir de la voix articulée¹.

§ III. Appendice. Les aveugles

216. Le C. Ch., à l'égal du C. F. n'a pas fait de la cécité une cause d'incapacité générale et n'a pas prévu de mesures de protection pour les aveugles. Ceux-ci sont frappés seulement de certaines incapacités spéciales; ainsi l'aveugle ne peut être nommé tuteur ni curateur (art. 497-1^o); il ne peut pas servir de témoin dans un testament (art. 1012-5^o et 1031); il peut tester uniquement par testament public devant notaire ou devant un fonctionnaire qui en remplit les fonctions (art. 1019), etc.

D'autres législations au contraire ont envisagé une incapacité plus ou moins générale et ont prévu des mesures de protection pour les aveugles. Le C. Italien (art.

1. G. Bonnefoy, *op. cit.*, n^{os} 23 et s.

340) place l'aveugle de naissance dans la même situation que le sourd-muet de naissance. En droit anglais et dans le C. C. Suisse—l'art. 372 parle de *quelque infirmité* — la situation de l'aveugle est la même que celle que nous avons exposée pour le sourd-muet. On peut en dire autant du C. Allemand; l'art. 1910 al. 1 mentionne expressément l'aveugle et l'al. 2 parle en général d'infirmités physiques, sauf cependant en ce qui concerne la disposition de l'art. 828, relative à la responsabilité délictuelle qui a envisagé seulement les sourds-muets.

SECTION IV

LES PRODIGES

§ I. Droit chilien

217. Cas d'interdiction. — Le C. Ch. a prévu l'interdiction et la curatelle pour les prodiges (art. 342 et 444-455).

En ce qui concerne les conditions exigées pour l'interdiction nous devons faire les observations suivantes :

a) *Age.* — Le législateur chilien qui, au sujet des aliénés et des sourds-muets, a déclaré expressément que les mineurs arrivés à l'âge de la puberté peuvent être interdits, n'a rien dit à propos des prodiges. De ce silence de la loi et du fait que l'incapacité qui frappe les prodiges est relative de même que celle des mineurs pubères, on peut déduire que seules les majeurs ou les mineurs

habilités d'âge peuvent être mis en interdiction pour prodigalité. Cependant, il faut reconnaître que l'interdiction pour prodigalité peut offrir aussi de l'intérêt, dans le cas d'un mineur pubère non habilité d'âge, pour protéger son pécule professionnel ou industriel, dont l'administration et la jouissance appartiennent au mineur de plein droit.

b) *Prodigalité*.— A la différence du C. F., qui n'a pas donné d'indications sur la prodigalité, le C. Ch. contient, à ce sujet, quelques précisions dans un article ainsi conçu :

Art. 445.— « La prodigalité devra être prouvée par des actes répétés de dilapidation indiquant un défaut total de prudence.

« Le jeu habituel, dans lequel sont exposées des portions considérables du patrimoine, les donations importantes faites sans cause adéquate, les frais ruineux, autorisent l'interdiction ».

Le C. Ch. n'a pas exigé, pour interdire un prodigue, qu'il ait un conjoint ou des héritiers réservataires, condition qui, comme nous le verrons plus loin, a été envisagée par certaines législations.

218. Etendue et sanction de l'incapacité des prodigues.

a) A la différence des aliénés et des sourds-muets, qui ne peuvent se faire comprendre par écrit, dont l'incapacité est absolue même sans interdiction, le prodigue est incapable seulement lorsqu'il est interdit et son incapacité est simplement relative (art. 1447 al. 3). Les actes antérieurs au décret d'interdiction sont parfaitement

valables, contrairement à la solution adoptée par le C. Espagnol et, dans une certaine mesure, par d'autres législations et par la jurisprudence française. On pourrait même soutenir avec fondement que l'existence de l'incapacité à l'égard de tiers est subordonnée à l'accomplissement des mesures de publicité du décret d'interdiction prévues par l'art. 447, mais on décide, d'accord avec ce qu'on soutient en France à propos des mesures de publicité prévues par l'art. 501 du C. F., que l'incapacité est indépendante de la publication, sauf le droit des tiers trompés par le défaut de publicité de réclamer des dommages-intérêts contre les personnes qui ont négligé l'obligation de faire la publication¹.

b) A la différence du C. F. et d'autres législations qui ont déterminé les actes pour lesquels les prodigues sont incapables, le C. Ch. n'a pas dressé une liste des actes que les interdits pour prodigalité ne peuvent accomplir sans l'assistance de leur curateur. L'art. 442, ainsi que les art. 342 et 1447 al. 3 se réfèrent en général aux prodigues frappés de l'interdiction *d'administrer leurs biens*. Comme il ne serait pas possible de déduire de cette expression que le prodigue est incapable seulement pour les actes d'administrations, il faut admettre que la loi a voulu édicter en principe, une incapacité générale pour les actes patrimoniaux. Nous disons *en principe*,

1. L. Claro, *op. cit.*, t. V, n° 2400; Colin et Capitant, *op. cit.*, t. I, p. 588 et 605; Baudry-Lacantinerie, *op. cit.*, t. I n° 1228; Planiol, *op. cit.*, t. I, n°s 2058 et 2061; Planiol, Ripert et Savatier, *op. cit.*, n°s 695 et 745; L. Josserand, *op. cit.*, t. I, n° 538.

parce qu'il y a des restrictions à signaler. La première est contenue dans une disposition ainsi conçue :

Art. 453. « Le dissipateur conservera toujours sa liberté et il aura pour ses frais personnels la libre disposition d'une somme d'argent, proportionnée à sa fortune et fixée par le juge.

« Le curateur pourra, dans des cas extrêmes seulement, « être autorisé à pourvoir par lui-même à la subsistance « du prodigue en lui procurant les objets nécessaires ».

D'autre part le prodigue est pleinement capable pour disposer de ses biens par testament. L'art. 1005 ne l'a pas mentionné parmi les incapables de tester.

En ce qui concerne le contrat de mariage, il n'y a pas tout au contraire, d'exception à l'incapacité. D'après l'art. 1721, le prodigue a besoin de l'autorisation de son curateur pour faire son contrat de mariage, et si celui-ci contient des stipulations ayant pour objet de renoncer aux acquêts ou d'aliéner des immeubles ou de les grever d'hypothèques ou de cens ou de servitudes, il lui faudra en outre l'autorisation de la justice. A défaut de cette disposition, on aurait pu soutenir que le prodigue, qui, nous le savons déjà, est libre de se marier¹, pourrait aussi librement faire un contrat de mariage, en vertu de l'adage : « *habilis ad nuptias, habilis ad pacta nuptialia* ». Le C. Ch. a donc résolu une question discutée en droit français.

c) Le C. Ch. contient une disposition spéciale, des-

1. V. n° 91 ainsi que pour le droit comparé sur la matière.

tinée à protéger le prodigue contre les actes préjudiciables de son curateur, rédigée dans les termes suivants :

Art. 452. « Le dissipateur aura le droit de requérir l'intervention du ministère public, lorsque les actes du curateur lui sont vexatoires ou préjudiciables et le curateur se conformera alors à ce qui sera décidé par le ministère public ».

Le prodigue pourra employer le moyen indiqué par cet article pour vaincre la résistance du curateur qui, sans motif fondé, lui refusera son autorisation pour accomplir un acte. Il y a ici une autre amélioration au C. F., qui n'a pas édicté de mesures contre le refus d'assistance du conseil judiciaire, ce qui a obligé la jurisprudence à combler la lacune par des moyens indirects.

d) L'incapacité des prodigues étant relative, les actes accomplis sans l'autorisation requise sont nuls de nullité relative. Il en est de même des actes faits par leur curateur sans se conformer aux formalités prescrites par la loi (art. 1447 al. 3 et 1682 al. 3).

§ II. Droit comparé et conclusion

219. Droit anglais. — Les prodigues ne sont pas l'objet de mesures de protection¹. Blackstone², après avoir fait allusion au droit romain et aux lois de Solon, ajoute : « Mais en Angleterre, quand un homme, sur une enquête d'imbécillité, a été déclaré être un prodigue et non

1. A. Curti, *op. cit.*, p. 108.

2. *Op. cit.*, p. 559.

un imbécile (Bro. *Abr. tit. Idiot.* 4), on ne procède pas au delà. Et, dans la vérité, la convenance de la décision romaine peut être mise en question. C'était sans doute une excellente méthode pour l'intérêt de l'individu et pour la conservation des biens dans les familles; mais elle paraît difficilement conciliable avec le génie d'une nation libre dont chaque membre réclame et exerce le droit d'user librement et comme il lui plaît de ce qui lui appartient en propre. *Sic ulere tuo ut alienum non laedas*, c'est la seule restriction apportée par nos lois à cette liberté. Et peut être que la circulation continuelle et les fréquentes mutations des terres et des autres propriétés, qui ne peuvent s'effectuer sans quelques dissipations des fortunes, ne contribuent pas pour peu au maintien et à la vigueur des diverses parties de notre constitution ».

220. Droit français. La situation du prodigue en droit français est la même que celle des faibles d'esprit. Il ne peut pas être interdit, mais on peut lui nommer un conseil judiciaire. L'art. 513, en reproduisant l'art. 499 relatif au faible d'esprit, dit : « Il peut être défendu aux prodigues de plaider, de transiger, d'emprunter, de recevoir un capital mobilier et d'un donner décharge, d'aliéner ni de grever leurs biens d'hypothèques », sans l'assistance d'un conseil qui leur est nommé par le tribunal ».

Quoique cette énumération semble être limitative, elle contient évidemment des lacunes. « Les obligations

— disent MM. Colin et Capitant¹ — sont au nombre des actes que les art. 499 et 513 passent sous silence et, par conséquent, étant donné le caractère limitatif de l'énumération, l'individu pourvu d'un conseil judiciaire devrait être considéré comme capable de contracter librement et sans assistance toute espèce d'obligations. Mais on aperçoit aussitôt à quelles conséquences désastreuses on pourrait se trouver ainsi conduit. S'obliger exagérément, c'est justement ce que font la plupart des prodigues pour se ruiner. Et il ne servirait à rien de leur interdire de faire des dettes par voie d'emprunts, si on leur permettait d'en contracter par voie d'achats à crédit ». La jurisprudence s'est efforcée de combler la lacune de la loi. Un système applique aux prodigues l'action en réduction prévue pour les mineurs émancipés par l'art. 484. Un autre système s'appuie sur l'expression « aliéner », employée par les art. 499 et 513, pour décider que seuls les actes d'administration sont permis aux prodigues sans l'assistance de leur conseil.

En ce qui concerne le contrat de mariage, le C. F. ne contient aucune disposition applicable aux personnes pourvues d'un conseil judiciaire, ce qui a donné lieu à des opinions contradictoires dans la jurisprudence². Tandis que la Cour de Cassation soutenait que le pro-

1. *Op. cit.*, t. I, p. 609; v. Planiol, *op. cit.*, t. I, n^{os} 2131-2138; Planiol, Ripert et Savatier, *op. cit.*, n^{os} 756-762; L. Jossierand, *op. cit.*, t. I, n^{os} 572 et s.

2. Colin et Capitant, *op. cit.*, t. III, p. 659; Baudry-Lacantinerie, *op. cit.*, t. III, n^{os} 34-35; Planiol, *op. cit.*, t. III, n^{os} 791-793.

digue, étant libre de se marier, pouvait librement faire son contrat de mariage, les Cours d'appel rejetaient cette opinion en raison de ce qu'aucun texte n'avait déclaré applicable au prodigue l'adage « *habilis ad nuptias habilis ad pacte nuptialia* », écrit pour le mineur dans l'art. 1398 et qu'il ne serait pas logique de permettre au prodigue de faire librement une donation à son conjoint par contrat de mariage, alors que les art. 499 et 513 exigent l'assistance du conseil judiciaire pour la validité des donations. La Cour de cassation a fini par accepter la solution des Cours d'appel et elle décide aujourd'hui que le prodigue a besoin de l'assistance de son conseil judiciaire pour faire son contrat de mariage, si celui-ci contient des clauses entraînant des aliénations plus étendues que celles qui résultent de l'application du régime de communauté légale.

Quant au testament, on décide que les personnes pourvues d'un conseil judiciaire sont capables de tester sans l'assistance du conseil, car, en testant, elles ne s'appauvrissent pas¹.

Le C. F. n'a prévu aucune mesure contre le refus d'assistance injustifié de la part du conseil judiciaire. Dans le silence des textes, la jurisprudence se sert de moyens indirects, tels que la désignation d'un conseil judiciaire ad hoc chargé d'assister l'incapable dans l'acte

1. Colin et Capitant, *op. cit.*, t. III, p. 659; Baudry-Lacantinerie, *op. cit.*, t. III, n° 874; Planiol, *op. cit.*, t. III, n° 2140 et t. III, n° 2901; Planiol, Ripert et Savatier, *op. cit.*, n° 765.

à accomplir, ou bien la destitution du conseil judiciaire qui, sans fondement, refuse son assistance et son remplacement par un autre¹.

La sanction de l'incapacité des personnes pourvues d'un conseil judiciaire est la nullité des actes accomplis sans l'assistance requise. D'après l'art. 502, ces actes sont « *nuls de droit* ». On décide que la nullité est seulement relative, mais on accorde, toutefois, au conseil judiciaire le droit d'intenter l'action, afin de rendre effective la protection de l'incapable. Il faut remarquer, en outre, que, quoique l'incapacité commence rigoureusement avec la nomination du conseil judiciaire, la jurisprudence accepte la nullité des actes antérieurs toutes les fois que les tiers savaient qu'une demande en nomination du conseil judiciaire était ou allait être formée et se sont hâtés de conclure l'acte pour éluder ses effets².

221. Droit italien³. — A l'égal du droit français, en droit italien, la situation des prodigues est la même que celle des faibles d'esprit. Ils peuvent être l'objet d'une espèce d'interdiction partielle appelée « *inabilitazione* », et pourvus d'un curateur dont le rôle est analogue à celui du conseil judiciaire du C. F. L'al. 1 de l'art. 339 du

1. Colin et Capitant, *op. cit.*, t. I, p. 608-609.

2. Colin et Capitant, *op. cit.*, t. I, p. 611-612; Baudry-Lacantinerie, *op. cit.*, t. I, n^{os} 1254-1255; Planiol, *op. cit.*, t. I, n^{os} 2143-2146; Planiol, Ripert et Savatier, *op. cit.*, n^{os} 745 et 767-768; L. Josserand, *op. cit.*, t. I, n^o 590.

3. R. de Ruggiero, *op. cit.*, t. II, p. 403, 571, 716 et s., 849; J. Giorgi, *op. cit.*, t. III, n^{os} 85 et s.

C. Italien s'exprime ainsi : « Le faible d'esprit, dont l'état n'est pas assez grave pour donner lieu à l'interdiction et les prodigues peuvent être déclarés par les tribunaux inhabiles à ester en justice, transiger, emprunter recevoir des capitaux, en fournir quittance, aliéner ou hypothéquer, ou à faire tout autre acte excédant la simple administration sans l'assistance d'un curateur, qui sera nommé par le conseil de famille ou de tutelle ». Comme on le voit, cette disposition, ayant ajouté aux art. 499 et 513 du C. F. les mots « et à faire tout autre acte excédant la simple administration », a adopté une solution analogue à celle admise par la jurisprudence française.

Les incapables de l'art. 339 peuvent librement faire leur testament, puisqu'on ne les a pas compris dans l'énumération des incapables de tester donnée par l'art. 763.

Quant au contrat de mariage, on a résolu la difficulté, qui se présente en droit français, par une disposition ainsi conçue : Art. 1387. — « Pour la validité des stipulations et donations faites dans le contrat de mariage par celui contre lequel il a été prononcé une sentence ou seulement introduit une instance en interdiction partielle, l'assistance du curateur qui sera nommé à cet effet est nécessaire ». De cette disposition ainsi que de celle de l'art. 1052, qui déclare que ne peut disposer par donation « celui qui a été frappé d'interdiction partielle, à partir du jour où a été provoquée l'instance

introduite à cet effet », il faut déduire qu'en dehors de ces cas d'exception, l'incapacité commence seulement à partir du jugement d'« *inabilitazione* ».

La nullité des actes accomplis sans l'assistance requise du curateur sont nuls de nullité relative. L'art. 341 dit expressément qu'elle ne peut être opposée que par l'incapable lui-même, par ses héritiers ou ses ayants cause.

222. Droit espagnol. — D'après le C. Espagnol les prodigues dont la prodigalité a été judiciairement déclarée, sont mis en tutelle (art. 200-3° et 221-227).

Les textes n'ont pas donné de précisions sur la prodigalité exigée pour déclarer incapable le prodigue et lui nommer un tuteur. Par contre, l'art. 222 exige indirectement l'existence du conjoint ou des héritiers réservataires; en effet, ce texte dit que la déclaration de prodigalité peut être demandée seulement par les personnes indiquées, ou par le ministère public si elles sont mineures ou incapables¹.

En ce qui concerne l'étendue de l'incapacité, d'après l'art. 221 al. 2 : « La sentence déterminera les actes défendus à l'incapable, l'étendue des pouvoirs du tuteur et les cas dans lesquels l'un ou l'autre devront consulter le conseil de famille ». En conséquence, l'incapacité n'est pas générale, mais elle est limitée aux actes compris dans le jugement de déclaration

1. C Valverde, *op. cit.*, t. I, p. 299-300.

de prodigalité. Cependant, il faut remarquer que la faculté de tester ne peut être enlevée au prodigue¹. On doit signaler aussi que, pour le contrat de mariage, le prodigue a toujours besoin du concours de son tuteur; telle est, du moins, la solution admise par les auteurs qui soutiennent qu'est applicable au prodigue l'art. 1323, aux termes duquel : « Pour la validité du contrat de mariage de celui contre lequel on a prononcé une sentence ou on a introduit une instance en interdiction ou en inhabilitation sera nécessaire l'assistance et le concours du tuteur désigné par l'autorité compétente d'après les dispositions de ce Code et de la loi de procédure civile² ».

Si le prodigue déclaré tel accomplit seul l'un des actes compris dans son incapacité, l'acte sera annulable. Sont annulables aussi pour cause de prodigalité les actes antérieurs à la déclaration d'incapacité, mais postérieurs à l'introduction de l'action. Cette conclusion se dégage, à *contrario*, de l'art. 226 ainsi conçu : « Les actes des prodigues antérieurs à la demande d'interdiction ne pourront être attaqués pour cause de prodigalité³.

223. Droit brésilien. — Le C. Brésilien a prévu l'interdiction et la curatelle pour les prodigues (art. 446-III et 459-461).

1. C. Valverde, *op. cit.*, t. V, p. 66.

2. C. Valverde, *op. cit.*, t. IV, p. 289.

La prodigalité, sur la portée de laquelle les textes ne contiennent pas, d'ailleurs, de précisions, a été prise en considération par le législateur brésilien dans le seul but de protéger les intérêts de la *famille* des prodigues. Pour le démontrer, il suffit de transcrire les dispositions suivantes :

Art. 460. « Le prodigue n'encourt l'interdiction « que s'il a un conjoint, des ascendants ou des descendants légitimes qui la demandent ».

Art. 461. « Il sera donnée mainlevée de l'interdiction si l'incapacité qui l'a déterminée prend fin, « ou s'il n'existe plus aucun des parents énumérés à « l'article précédent ».

Paragraphe unique. — « Le prodigue lui-même ou les personnes énumérées à l'art. 460 pourront seuls demander la nullité des actes passés par l'incapable pendant son interdiction ».

Par ces dispositions on s'est borné à développer l'idée contenue dans le C. Portugais (art. 340) et dans le C. Espagnol (art. 222).

L'incapacité du prodigue n'est pas générale. A l'égal du C. F. et du C. Italien, on a énuméré les actes pour lesquels les prodigues interdits sont incapables dans un article ainsi conçu :

Art. 459. « L'interdiction du prodigue n'aura d'autre « effet que de l'empêcher, sans l'intervention du « curateur, de prêter, transiger, donner quittance, « aliéner, hypothéquer, ester en justice comme de-

« mandeur ou défendeur et de faire en général tous les actes qui ne sont pas de pure administration ».

On n'a pas mentionné les prodiges parmi les personnes incapables de tester énoncées par l'art. 1627; en conséquence ils sont pleinement capables de faire leur testament.

En ce qui concerne la capacité pour le contrat de mariage, il n'y a pas de disposition spéciale, mais il faut décider que le prodigue ne peut pas le passer seul, étant donné que, d'après l'art. 183-XI, il a besoin de l'autorisation de son tuteur pour se marier¹.

L'incapacité du prodigue interdit est relative et, en conséquence, les actes qu'il accomplit sans l'autorisation requise de son curateur sont annulables (art. 6-III et 147-I). Les actes antérieurs à l'interdiction ne peuvent être annulés pour cause de prodigalité²

224. Droit allemand. — D'après les art. 6-2° et 1896 du C. Allemand, peut être interdit et mis en tutelle « celui qui, par suite de prodigalité, s'expose, lui ou sa famille, au danger de tomber dans l'indigence ». La situation des prodiges en état d'interdiction est la même que celle que nous avons exposée pour les faibles d'esprit interdits³. Ils sont frappés d'une espèce d'incapacité générale relative, ou plutôt

1. C. Bevilacqua, *op. cit.*, t. II, art. 459, ob. 3.

2. C. Bevilacqua, *op. cit.*, t. II, art. 461, ob. 2.

3. V. n° 201, II, A-2 et C-1 et 188.

ils ne jouissent que d'une capacité restreinte (art. 104, 106 et s.). A la différence de ce que décident uniformément les législations, le C. Allemand n'accorde pas aux prodigues la capacité testamentaire (art. 2229 et 2230).

225. Droit suisse. — L'art. 370 du C. C. Suisse dit : « Sera pourvu d'un tuteur tout majeur qui, par ses prodigalités, son ivrognerie, son inconduite ou sa mauvaise gestion, s'expose, lui ou sa famille, à tomber dans le besoin, ne peut se passer de soins et secours permanents, ou menace la sécurité d'autrui ».

Si la prodigalité ou la mauvaise gestion n'atteignent pas un degré suffisant pour interdire le prodigue, on peut le placer sous curatelle et, dans ce cas, il aura besoin du concours de son curateur (conseil légal) pour accomplir les actes énumérés dans l'art. 395.

La sanction de l'incapacité des prodigues est la même que celle que nous avons exposée pour les aliénés interdits ou sous curatelle¹.

226. Conclusions. — L'examen du droit étranger nous permet de dégager les conclusions suivantes :

1) Le C. Ch., qui a fait de la prodigalité une cause d'incapacité, est d'accord avec toutes les législations que nous venons d'étudier, sauf le droit anglais, auquel il faut ajouter le droit argentin² et d'autres législations de l'Amérique Latine.

1. V. n° 202, II et 188.

2. R. Salvat, *op. cit.*, *Partie General*, n° 826.

2) Les législations sont partagées sur le point de déterminer si l'incapacité du prodigue doit être ou non subordonnée à l'existence de conjoint ou de proches parents. Celles qui ont adopté la solution affirmative — C. Portugais, C. Espagnol, C. Brésilien — font de l'incapacité du prodigue un simple moyen de protection des intérêts patrimoniaux de la famille. Par contre, les législations qui se prononcent pour la négative, — et entre elles le C. Ch. — prennent en considération non seulement la famille du prodigue, mais le prodigue lui-même. A l'appui de cette dernière solution nous pouvons citer les paroles de M. Boissonade¹ : « Sans nous rapprocher de ceux qui veulent « faire de l'Etat le tuteur ou curateur universel des citoyens, l'administrateur unique de toutes les fortunes », nous persistons à croire que le législateur peut et doit empêcher les prodigues de se ruiner eux-mêmes, ne fût-ce (si l'on veut une raison utilitaire) que pour que ces citoyens ne soient pas, quand viendra l'âge des infirmités, une nouvelle charge pour l'Etat ». De plus, comme l'a signalé le même auteur, en faisant dépendre l'incapacité du prodigue de l'existence de certains membres de leur famille, on les exposerait à une bizarre succession de changements d'état.

3) En ce qui concerne les mesures de protection adoptées à l'égard des prodigues, il n'y a pas d'uniformité. On trouve, selon les pays, l'interdiction générale

1. Huc et Orsier, *op. cit.*, t. I, p. 110 et 111.

ou l'interdiction partielle, la tutelle, la curatelle ou la nomination d'un conseil judiciaire. Cependant, les différences sont plutôt de forme que de fond. Toutes les législations — complétées parfois par l'œuvre de la jurisprudence, comme en France — aboutissent en fait au même résultat : restreindre la capacité en exigeant le concours d'un tiers — tuteur, curateur ou conseil judiciaire — pour que le prodigue puisse accomplir des actes qui seraient susceptibles de le ruiner. Le C. Allemand est celui qui va le plus loin, car il a enlevé au prodigue la faculté de faire son testament.

4) Le système du C. Ch. est donc en harmonie avec l'esprit des principales législations étrangères. La manière dont il a été combiné est en même temps très équitable : l'incapacité du prodigue, générale, en principe, pour les actes patrimoniaux, est tempérée par la libre disposition d'une somme proportionnée à sa fortune et par le recours que la loi lui accorde contre les actes préjudiciables de son curateur (art. 452 et 453).

CHAPITRE III

LES FEMMES

227. La femme¹. — Jusqu'aux dernières années, la condition légale de la femme au Chili a été très défavorable. Écartée de la vie politique, comme elle l'est encore, la femme était frappée d'incapacités en raison de son sexe, incapacités qui trouvaient leur justification dans le préjugé de la prétendue infériorité de la femme par rapport à l'homme. Dans l'état actuel de la civilisation, il était absurde de maintenir dans la loi une situation d'inégalité, démentie par les faits, la femme ayant démontré dans la pratique sa pleine capacité dans tout ordre d'activités. A plusieurs reprises, on avait déposé des projets au Parlement pour donner satisfaction aux justes revendications des femmes, mais c'est seulement par la loi du 12 mars 1925 qu'on a fait le premier pas vers l'amélioration de leur condition légale.

Trois incapacités « en raison du sexe », que consacrait le C. Civil, ont été supprimées, au moins en partie, par la loi en question.

1. Consulter F. Cosentini, *Le droit de Famille*, p. 105 et s.; C. Valverde, *op. cit.*, t. I, p. 283 et s.; L. Rigaud, *Les droits de la femme*, Paris, 1927.

a) La femme était exclue de la « patria potestad ». Si le père venait à décéder, ou s'il était déchu de ses droits ou empêché de les exercer, la mère pouvait seulement être nommée tutrice ou curatrice de ses enfants, mais elle n'avait pas les droits de la « patria potestad », ce qui était un contresens. D'après l'art. 2 de la loi précitée, « la « patria potestad » appartient à la mère dans les mêmes conditions qu'au père dans les cas de mort naturelle, civile ou présumée de celui-ci et lorsque, par décision judiciaire, il a été privé de la « patria potestad ». L'art. 3 attribue aussi la « patria potestad » à la mère sur les enfants qui restent sous sa garde dans le cas de séparation de corps prononcée contre le mari et par sa faute. A l'exemple du C. Allemand (art. 1697), du C. Brésilien (art. 393) et du C. Espagnol (art. 168 et 712), la mère, en cas de convol, perd la « patria potestad ». Nous rappelons ici que la rédaction de l'art. 2 de la loi en question peut donner lieu à une difficulté sur l'attribution de la « patria potestad » à la mère dans certains cas de suspension de la « patria potestad » du père (V. n° 174).

b) La femme ne pouvait être tutrice ou curatrice que dans les cas suivants : 1) La femme qui n'avait pas de mari vivant pouvait être tutrice ou curatrice de ses descendants légitimes ou de ses enfants naturels; 2) La femme non séparée de corps pouvait être curatrice de son mari en état de démence ou sourd-muet; 3) La femme, tant que son mari était vivant, pouvait être

tutrice ou curatrice des enfants communs, lorsque, en raison de l'absence prolongée du mari ou de sa mise en interdiction pour démence ou surdi-mutité, la femme avait l'administration de la société conjugale (art. 499).

La loi mentionnée a renversé le principe. D'après l'art. 5, la femme peut, dans les mêmes conditions que l'homme, être tutrice ou curatrice, mais la femme mariée non séparée perpétuellement de corps a besoin du consentement du mari, ou du juge, à son défaut, pour exercer cette charge. La femme ne peut cependant être nommée curatrice de son mari interdit pour prodigalité. Au sujet de cette réforme, nous devons remarquer que des difficultés peuvent se présenter dans la pratique pour déterminer son étendue, car le C. Civil appelait parfois directement les hommes (art. 367) et on se demande si, même dans ces cas, les femmes peuvent être nommées tutrices ou curatrices¹.

c) D'après l'art. 1012 du C. Ch., la femme ne pouvait être témoin dans un testament solennel dressé au Chili. La loi qui nous occupe a mis fin à cette incapacité ainsi qu'à toute autre de la même nature existant dans les lois. Selon l'art. 7, « La femme peut, dans les mêmes conditions que l'homme, servir de témoin dans un acte ou contrat quelconque ».

228. La femme mariée. — L'examen du régime matrimonial ne rentrant pas dans le cadre de notre étude

1. L. Claro, *op. cit.*, t. V, n° 2588.

(V. n° 106), nous ne pouvons pas non plus analyser l'incapacité de la femme mariée qui y est étroitement liée. Cependant, nous en dirons quelques mots pour compléter notre exposé.

Le régime matrimonial du droit commun au Chili est la communauté réduite aux acquêts, avec des différences, néanmoins, par rapport au même régime pratiqué en France. Puis, la liberté des conventions matrimoniales n'existe pas au Chili; sous l'empire du C. civil, on pouvait seulement stipuler une séparation partielle de biens (art. 1720).

Dans ces conditions, la situation légale de la femme mariée était trop rigoureuse. Sous le régime matrimonial de droit commun la femme est incapable (art. 1447, al. 3, 136 et s.), son patrimoine est administré par le mari (art. 135 et 1749) et les fruits de ses biens ainsi que le produit de son travail tombaient en communauté. Sauf dans les cas extrêmes de séparation de corps ou de séparation de biens, la femme, qui n'avait pas fait de contrat de mariage stipulant une séparation partielle de biens, se trouvait donc dans une situation très désavantageuse.

La loi du 12 mars 1925 a amélioré aussi la condition de la femme mariée. On a permis de stipuler dans le contrat de mariage la séparation totale de biens (art. 8). En conséquence la femme mariée peut aujourd'hui, si elle le veut, jouir d'une capacité assez étendue. La loi en question (art. 12) a même élargi la capacité de

la femme séparée de biens en lui accordant le droit d'ester en justice dans les causes concernant son administration séparée, droit qui ne lui appartenait pas selon les dispositions du C. Civil (art. 159, al. 3). A l'instar de la loi française du 13 juillet 1907, la loi précitée a déclaré aussi que la femme est considérée comme séparée de biens en ce qui concerne le fruit de son travail professionnel ou industriel. (art. 9.)

Un grand pas a été donc fait dans la voie de la suppression de l'incapacité légale de la femme mariée, qui a été éliminée de la plupart des législations des pays de civilisation avancée¹. Mais la réforme réalisée n'est pas pleinement efficace. En effet, il ne faut pas oublier qu'au Chili le contrat de mariage n'était pas dans les mœurs, en raison de la faible influence qu'il avait sur le régime matrimonial d'après le C. Civil. Ensuite, la loi n'a pas corrigé une injustice que consacrait le Code au sujet de l'habilitation d'âge (v. n° 183-c). Tandis que l'homme de 21 ans est habilité d'âge de plein droit par le mariage, la femme, même séparée de biens, non seulement n'est

1. S. Deloison, *De la capacité de la femme mariée anglaise envisagée dans son évolution historique*, thèse, Paris, 1921; L. Lyon-Caen, *La femme mariée allemande, ses droits, ses intérêts pécuniaires; étude de droit civil et de droit international privé allemand*, thèse, Paris, 1903; R. Saleilles, *La situation juridique de la femme mariée dans le nouveau code civil allemand*, *Réforme Sociale*, 1901, 2°, t. XLII, p. 90-91 et 717-744; F. Bartholmès, *De la condition de la femme mariée sous le régime du Code civil suisse*, Genève, 1918; R. de Ruggiero, *op. cit.*, t. I, p. 330 et s. Le C. Brésilien a conservé l'incapacité de la femme mariée (v. C. Bevilacqua, *op. cit.*, t. II, art. 242, obs. et C. brésilien, traduit par MM. Goulé, etc., préface par M. C. Bevilacqua, XIV). En Argentine, l'incapacité de la femme mariée a été supprimée par la loi du 14 septembre 1926 (R. Salvat *op. cit.*, *Parle General*, n° 828 et s.).

pas habilitée de plein droit, mais elle ne peut bénéficier de l'habilitation d'âge judiciaire qu'elle aurait pu obtenir si elle était restée célibataire. La femme séparée de biens aura besoin d'un curateur pour administrer son patrimoine jusqu'à l'âge de 25 ans (art. 299 et 349, al. 3). On devrait avoir fait disparaître cette différence qui n'a pas de justification.

D'autre part, le régime de séparation de biens a le défaut de ne pas associer le ménage au gain des époux et spécialement du mari. En stipulant la séparation de biens, la femme jouira d'une capacité très étendue, mais elle n'aura pas droit à la moitié des acquêts; elle devra donc choisir entre son intérêt pécuniaire et le bénéfice de la capacité. — Il est difficile de trouver une solution satisfaisante qui, à la fois, supprime l'incapacité et ne sacrifie pas les intérêts bien entendus du ménage. M. Capitant l'a fait très bien remarquer et il a proposé l'adoption d'un régime matrimonial intermédiaire : durant le mariage, le régime de droit commun devrait être la séparation de biens, mais, à la dissolution de mariage, on partagerait les économies de même que si la communauté avait existé¹. Cette combinaison ingénieuse, qui aboutit à donner à la femme la capacité sans la priver du bénéfice de la moitié des acquêts, nous semble très acceptable.

1. H. Capitant, *Le meilleur régime matrimonial : communauté ou séparation de biens*. Discours prononcé au Congrès de la *Ligue pour le Droit des Femmes*, tenu à Paris le 2 novembre 1924.

TITRE IV

LES PERSONNES JURIDIQUES

229. Le titre dernier du Livre I du C. Ch. traite des personnes juridiques, sur lesquelles le C. F. ne contient pas de dispositions spéciales. Les Codes les plus modernes, de même que le C. Ch., ont consacré aussi des titres ou des chapitres spéciaux à la réglementation des personnes juridiques. (C. Allemand, art. 21-89; C. C. Suisse, art. 52-89; C. Brésilien, art. 13-31).

Le titre en question du C. Ch. (Tit. XXXIII, art. 545-564) contient des dispositions relatives aux corporations et aux fondations qui ne poursuivent pas un but lucratif. Pour ne pas allonger notre étude, nous ferons seulement quelques observations.

1) D'après l'art. 545 : « On appelle *personne juridique* une personne fictive, capable d'exercer des droits et de contracter des obligations civiles et d'être représentée en justice ou extrajudiciairement ». Quoique l'idée de « fiction » cadre bien avec le système restrictif de la personnalité juridique adopté par le Code, la théorie de la « fiction » n'est pas la seule qui ait été émise sur la personnalité morale¹. Il serait donc préférable de

1. R. Saleilles, *De la personnalité juridique*, p. 306 et s.; L. Michoud, *La théorie de la personnalité morale et son application au droit français*, t. I, chapitre I; J. Bonnecase, *Supplément*, t. IV, n° 29 et s.; H. Capitant, *Introduction*, n° 157 et s.; Colin et Capitant, *op. cit.*, t. I, p. 661 et s.; Planiol, *op. cit.*, t. I, n° 3007 et s.; Planiol, Ripert et Savatier, *op. cit.*, n° 67 et s.; L. Josserand, *op. cit.*, t. I, n° 659 et s.

supprimer une définition qui renferme un concept théorique d'ailleurs sans importance au point de vue législatif. C'est avec raison qu'aucun des trois Codes que nous avons mentionnés n'a donné une définition de la personne juridique.

2) Le C. Ch. a fait de la personnalité juridique des corporations et des fondations un privilège concédé par une loi ou par un décret du Président de la République (art. 546). Ce système restrictif n'est pas conforme à la tendance moderne. En droit français « toute association devient personne juridique sans avoir besoin d'obtenir une autorisation spéciale, à la condition de remplir certaines formalités de publicité »¹. D'après l'art. 21 du C. Allemand, « Une association dont le but ne vise pas une entreprise économique acquiert la capacité de jouissance des droits par l'inscription au registre des associations du tribunal de bailliage compétent ». Selon les art. 52 et 60 du C. C. Suisse, les associations qui n'ont pas un but économique acquièrent la personnalité juridique « dès qu'elles expriment dans leurs statuts la volonté d'être organisées corporativement ». D'après le C. Brésilien, il suffit, pour l'existence légale des personnes juridiques qui ne poursuivent pas un but économique, de « l'enregistrement de leurs contrats, actes constitutifs, statuts ou chartes, sur le registre particulier régi par une loi spéciale (art. 18 et 20).

1. Colin et Capitant, *op. cit.*, t. I, p. 659.

3) Le C. Ch. n'a pas statué sur la responsabilité des personnes morales pour les actes dommageables de leurs représentants. De même qu'en France¹ il faut reconnaître la responsabilité par application des règles de droit commun. Il y a des Codes qui ont donné des solutions expresses. L'art. 31 du C. Allemand dit : « L'association est responsable du dommage que la direction, un membre de la direction, ou tout autre représentant institué conformément aux statuts, a pu causer à un tiers par un fait accompli dans l'exécution des opérations qui lui reviennent et obligeant à réparation du dommage ». Cette disposition s'applique aussi aux personnes juridiques de droit public (art. 89). L'art. 55 du C. C. Suisse dit : « La volonté d'une personne morale s'exprime par ses organes. — Ceux-ci obligent la personne morale par leurs actes juridiques et par tous autres faits. — Les fautes commises engagent au surplus la responsabilité personnelle de leurs auteurs ». De son côté, le C. Brésilien a édicté, au sujet des personnes juridiques de droit public, la disposition suivante : « Les personnes juridiques de droit public sont civilement responsables des actes de leurs représentants, qui, en cette qualité, causent des dommages aux tiers en agissant contrairement au droit, ou en omettant d'accomplir une prescription de la loi, sauf recours contre les auteurs du

1. L. Michoud, *op. cit.*, t. II, n° 266 et s.; R. Demogue, *Obligations*, t. III, n° 341; Colin et Capitant, *op' cit.*, t. II, p. 375-377; Planiol, *op. cit.*, t. II, n° 881; Planiol, Ripert et Savatier, *op. cit.*, n° 93.

dommage ». Ceci ne veut pas dire qu'en droit brésilien la responsabilité des personnes juridiques de droit privé ne soit pas reconnue; l'auteur du Code dit expressément que, si on n'a pas édicté à leur sujet une disposition spéciale, c'est parce que leur responsabilité est uniformément acceptée¹.

4) Le C. Ch. n'a pas posé de règles spéciales pour la détermination du domicile des personnes juridiques. Comme nous avons eu l'occasion de le dire, dans les Codes étrangers, on trouve des dispositions à ce sujet (V. n° 57).

5) L'art. 1447, al. 3 du C. Ch. déclare, en principe, relativement incapables les personnes juridiques sans distinction. Il semble qu'il y a là une erreur. Il est vrai qu'il y a des personnes juridiques qui, pour certains actes sont incapables; ex. les corporations et les fondations ont besoin de l'autorisation du juge pour aliéner ou grever leurs immeubles (art. 557 et 563), etc.; mais, en dehors de ces cas, la personne juridique n'est pas incapable d'exercice des droits pour le seul fait de ne pouvoir agir que par l'intermédiaire de ses représentants. « Il ne faudrait pas conclure de là — disent MM. Colin et Capitant¹ — que les personnes juridiques sont des incapables, comme les mineurs, qui, eux aussi, sont représentés par leur père ou leur tuteur. Les deux situations sont bien différentes. L'inaptitude des personnes

1. *Op. cit.*, t. I, p. 672.

morales à agir par elles-mêmes provient, non d'une pensée de *protection*, mais d'une impossibilité naturelle ».

6) Quoique les sociétés civiles et commerciales restent en dehors des dispositions du titre consacré aux personnes juridiques, nous signalons que l'art. 2053, al. 2 du C. Ch. accorde expressément la personnalité morale, même aux sociétés civiles. On a donné ainsi la solution d'une question qui a été débattue en France, bien qu'aujourd'hui la jurisprudence reconnaisse la personnalité juridique des sociétés en question¹.

1. Colin et Capitant, *op. cit.*, t. II, p. 618-620; Baudry-Lacantinerie, *op. cit.*, t. II, n° 1054-1055; Planiol, *op. cit.*, t. II, n° 618-620.

CONCLUSION

La thèse que nous présentons devant la Faculté est l'extrait de la première partie d'un travail plus étendu, qui contiendra l'étude critique et comparative de tout le C. Ch. et dont le but est d'apporter une modeste contribution à la réforme de la législation civile du Chili.

La méthode suivie, qui comporte des conclusions sur chacune des matières traitées, aurait pu nous dispenser d'une conclusion finale. Nous voulons néanmoins détacher ici deux propositions qui se dégagent très nettement des observations faites au cours de notre exposé.

I. *Le C. Ch. n'est pas une simple copie du C. F.* — On dit souvent que les Codes civils de l'Amérique Latine sont la traduction du Code Napoléon. Nous croyons avoir clairement démontré que cette appréciation n'est pas exacte en ce qui concerne le C. Ch. qui, à son tour, a servi de modèle à plusieurs codes américains. Il n'y a pour ainsi dire pas, parmi celles que nous avons examinées, une matière au sujet de laquelle on ait suivi aveuglément le C. F.; parfois on s'est écarté franchement des solutions consacrées par celui-ci et, sur les points où on l'a suivi, on a amélioré fréquemment ses

dispositions pour éviter les difficultés auxquelles donnaient lieu les textes français. Il est intéressant de signaler que, dans plusieurs des matières étudiées, où le C. Ch. s'est éloigné du C. F., la solution adoptée déjà en 1855 est d'accord avec celle admise par les législations les plus modernes. Il en est ainsi de l'élimination de la nationalité du corps du Code, du système du domicile et de l'absence, de l'abandon de la théorie de la viabilité en matière de naissance, etc. L'analyse du reste du Code aurait mis plus en relief encore l'exactitude de cette remarque. Par exemple, le transfert de la propriété non pas par le simple consentement, mais par la tradition, laquelle s'opère, à l'égard des immeubles, par l'inscription sur un registre public; l'institution d'héritier pouvant se faire par testament, représentent des solutions importantes, en harmonie avec les législations récentes et contraires aux principes du C. F.

II. *Le C. Ch. a besoin d'être réformé.* — Nous croyons que cette proposition est aussi bien démontrée que la précédente par les observations faites au cours de notre étude. Il y a des matières, telles que les fiançailles, le mariage et sa dissolution, la filiation illégitime, et en général le droit de famille, dans lesquelles le C. Ch. est resté en arrière par rapport à la tendance de la plupart des législations. Dans d'autres matières, comme l'absence, l'idée qui inspire le système est en harmonie avec le droit moderne, mais la mise en œuvre est défectueuse

et compliquée. — On peut relever aussi des lacunes importantes : on n'a pas réglementé l'adoption; le nom n'a pas été l'objet de dispositions particulières. Les textes sont susceptibles de nombreuses critiques, etc., etc. Le C. Ch. a donc besoin d'une réforme d'ensemble, qu'on entreprendra sans doute très prochainement, à l'exemple des autres républiques américaines qui ont renouvelé récemment leurs Codes ou qui sont en train de moderniser leurs législations.

En vue de contribuer très modestement à l'œuvre réformatrice, nous nous sommes efforcé de faire ressortir es points sur lesquels le C. Ch. n'est pas en harmonie avec les législations les plus modernes et spécialement avec le C. Allemand, le C. C. Suisse et le C. Brésilien, qui sont considérés aujourd'hui comme les plus parfaits.

Nous terminons en répétant ici ce que nous avons dit au début de notre exposé : nous espérons que les difficultés inhérentes à notre étude seront prises en considération pour excuser le faible résultat de notre effort.

Vu : Le Doyen de la Faculté,
H. BERTHELEMY.

Vu : Le Président de la thèse,
LÉVY-ULLMANN

Vu et permis d'imprimer :
Le Recteur de l'Académie de Paris,
S. CHARLETY.

BIBLIOGRAPHIE

- ALVAREZ (A.). — Une nouvelle conception des études juridiques et de la codification du droit civil. Paris, 1904.
- AMUNATEGUI R. (M. L.). — Don Andrés Bello y el Código civil. Santiago de Chili, 1887.
- AUBRY et RAU. — Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae, 12 vol., 5^e édit. Paris, 1897-1922.
- BARROS E. (A.). — Curso de derecho civil, 3 vol., 3^e édit. Santiago de Chile, 1921.
- BAUDRY-LACANTINERIE. — Précis de droit civil, 3 vol., t. I, 14^e édit.; t. II, 13^e édit.; t. III, 13^e édit. Paris, 1925-1926-1927.
- BEVILAQUA (C.). — Código civil dos Estados Unidos do Brasil commentado, t. I, II et VI. Rio de Janeiro, 1927-1928-1929.
- BLONDEL. — Le contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois. (Etude critique comparative : Etats-Unis-France.) Paris, 1928.
- BLACKSTONE. — Commentaires sur les lois anglaises avec des notes de M. Ed. Christian. Traduit de l'anglais sur la 15^e édit. par N. M. Chompré, 6 vol. Paris, 1822-1823.
- BONNEFOY (G.). — De la surdi-mutité au point de vue civil et criminel en droit français et en droit comparé. Paris, 1900.
- BONNECASE. — Supplément au traité théorique et pratique de droit civil par G. Baudry-Lacantinerie et ses collaborateurs, 4 vol. Paris, 1924-1928.
- BUEN (D. de). — Las normas jurídicas y la función judicial. Alrededor de los artículos 5 y 6 del Código civil. Madrid, 1917.

- BUFNOIR. — Propriété et contrat, 2^e édit. Paris, 1924.
Bulletin de la Société d'études législatives. Plusieurs numéros.
Bulletin de la Société de législation comparée. Plusieurs numéros.
- CAPITANT. — Introduction à l'étude du droit civil, 4^e édit. Paris, 1921.
- La place de la loi d'introduction dans le développement contemporain du droit civil français. Dans le volume publié par la Faculté de Droit de Strasbourg intitulé. L'introduction du droit civil français en Alsace et en Lorraine, p. 149-166.
 - Le meilleur régime matrimonial. Communauté ou séparation de biens. Discours prononcé au Congrès de la *Ligue pour le Droit des Femmes* tenu à Paris le 2 novembre 1924.
 - Essai sur la subrogation réelle. (*Revue trimestrielle de droit civil*, 1919, p. 385 et s.)
- CAVROIS DE SATERNAULT. — Le rapprochement des législations canonique et civile en matière de mariage. (*Revue trimestrielle de droit civil*, 1921, p. 675 et s.)
- CHACON (J.). — Exposicion razonada y estudio comparado del Código civil chileno, t. I. Valparaiso, 1868.
- CHAMPCOMMUNAL. — Le droit des personnes au pays des soviets. Paris 1927.
- Chittys Statutes*, 1928-1929.
- CLARO S. (L.). — Explicaciones de derecho civil chileno y comparado, 5 vol. Santiago de Chile, 1893-1927.
- Code civil allemand traduit et annoté* par MM. C. Bufnoir, P. Cazelles, J. Challamel, J. Drioux, F. Geny, P. Hamel, H. Levy-Ullmann et R. Saleilles, 4 vol. Paris, 1904-1914. Le volume IV contient la Loi d'Introduction traduite par MM. L. Lyon-Caen et Edgard Sée et la loi d'exécution en Alsace-Lorraine, traduite par M. R. Morel.
- Code civil général de l'Empire d'Autriche*. Traduit de la dernière édition officielle par A. de Clercq. Paris, 1836.
- Code civil des Etats Unis du Brésil*. Traduit par MM. P. Goulé, C. Daguin et G. d'Ardenne de Tizac; préface de M. C. Bevilaqua. Paris, 1928.
- Code civil chilien*. Traduit, annoté et précédé d'une introduction par M. H. Prudhomme. Paris, 1904.

- Code civil espagnol.* Cité d'après le texte espagnol annoté par M. G. Abella, 5^e édit. Madrid, 1926.
- Code civil italien.* V. Huc et Orsier t. II.
- Code civil portugais.* Traduit, annoté et précédé d'une introduction par M. F. Lepelletier. Paris, 1894.
- Codes de la Russie soviétique.* Publiés par la Bibliothèque de l'Institut de droit comparé de Lyon. — I. Code de la famille traduit par MM. J. Patouillet; Code civil, traduit par MM. J. Patouillet et R. Dufour. Paris 1925. — III. Modifications et additions au Code civil, annexes au Code civil, nouveau Code de la famille, traduits par M. J. Patouillet. Paris, 1929.
- Code civil suisse.* V. E. Curti-Forrer.
- COLIN et CAPITANT. — Cours élémentaire de droit civil français, 3 vol.; t. I, 5^e édit.; t. II, 4^e édit.; t. III, 4^e édit. Paris, 1927-1924-1925.
- COLIN (P.). — Etude sur les fiançailles en droit comparé. Thèse, Paris, 1921.
- COMTE (L.). — Des mesures protectrices de l'union conjugale d'après les art. 169-172 du Code civil suisse. Thèse, Lausanne, 1923.
- COSENTINI (F.). — Le droit de famille. Paris, 1929.
- CUQ. — Manuel des institutions juridiques des Romains. Paris, 1917.
- CURTI (A.). — Manuel de droit civil et commercial anglais. — Droit civil. Paris, 1928.
- CURTI-FORRER (E.). — Commentaire du Code civil suisse. Traduit de l'allemand par Max-E. Porret. Neuchâtel, 1912.
- DELVINCOURT. — Cours de Code civil, 3 vol. Paris-Dijon, 1834.
- DEMOGUE. — Traité des obligations en général, 5 vol. Paris, 1923-1925.
- L'unification internationale du droit privé. Paris, 1927.
- DEMOLOMBE. — Cours de Code Napoléon, 31 vol., 4^e édit. Paris, 1870-1882.
- DESVOUGES (J.). — Des fiançailles et des promesses de mariage dans le droit moderne. Thèse, Paris, 1914.

- Digeste de droit civil anglais*, par Edouard Jenks, G. M. Geldart, R. W. Lee, W. S. Holdsworth, J. C. Miles, 2^e édit. Traduction française de MM. T. Baumann et P. Goulé, 2 vol. Paris, 1923.
- FABRES (J. C.). — *Instituciones de derecho civil chileno*, 2 vol., 2^e édit. Santiago de Chile, 1893-1902.
- FAUQUEL (V.). — Des présomptions de survie, de l'absence et des actes de décès dans leurs rapports avec la guerre (*Revue trimestrielle de droit civil*, 1920, p. 151 et s.)
- Fédéraliste (Le)*. — Traduction française de MM. Boucard et Jèze. Paris, 1902.
- FONLUPT-ESPÉRABER. — De la règle « minor restituitur non tanquam minor sed tanquam laesus » et de la protection du mineur non émancipé en droit français. Thèse, Paris 1914.
- GALGANO. — *Violenza e consenso nel matrimonio putativo*. (*Rivista di diritto civile*, 1921, p. 104, 438 et s.)
- GALLAIX. — La réforme du Code civil autrichien. Paris, 1925.
- GENY. — Science et technique en droit privé positif, 4 vol. Paris, 1915-1924.
- Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif, 2 vol., 2^e édit. Paris, 1919.
- GIORGI. — *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno*, 9 vol., 7^e édit. Firenze, 1907-1911.
- GIRARD. — *Manuel élémentaire de droit romain*, 8^e édit. Paris, 1929.
- GRASSERIE (R. de la). — *Etude critique de la tutelle des mineurs en droit comparé*. Paris, 1912.
- GUTIÉRREZ DE CELIS. — *Estudio sobre el consejo de familia y la conveniencia de su supresión*. Habana, 1917.
- HALEWYCK (M.). — *La recherche de la paternité et la condition des enfants naturels en Allemagne*. Bruxelles, 1906.
- HUBER (E.). — *Code civil suisse. Exposé des motifs de l'Avan-Projet*, 3 vol. Berne, 1901-1902.
- HUC et ORSIER. — *Le Code civil italien et le Code Napoléon*, 2 vol., 2^e édit. Paris, 1868.
- JOLLY (J.). — *Des seconds mariages. Etude historique sur la législation des seconds et subséquents mariages*. Paris, 1896.

- JOSSERAND. — Cours de droit civil positif français, t. I. Paris, 1930 (publié en 1929).
- LAURENT. — Principes de droit civil français, 33 vol., 5^e édit. Bruxelles-Paris, 1893.
- LECARPENTIER (G.). — Le mariage par procuration. Thèse, Paris, 1918.
- LEHR (E.). — Eléments de droit civil anglais, 2 vol., 2^e édit. Paris, 1906.
- Eléments de droit civil espagnol, 2 vol. Paris, 1880-1890.
- Traité élémentaire de droit civil germanique, 2 vol. Paris, 1892.
- LOCRE. — Législation civile, commerciale et criminelle de la France, 31 vol. Paris, 1829-1832.
- LOUIS-LUCAS (P.). — Lésion et contrat. Paris, 1926.
- MAZEAUD (L.). — De la distinction des jugements déclaratifs et des jugements constitutifs de droits. (*Revue trimestrielle de droit civil*, 1929, p. 17 et s.)
- MICHOUD. — La théorie de la personnalité morale et son application au droit français, 2 vol. Paris, 1924.
- NAST (M.). — La fonction de la jurisprudence dans la vie juridique française. Strasbourg, 1922.
- NIBOYET. — Manuel de droit international privé, 2^e édit. Paris, 1928.
- NISOT (P.). — Etude historique et de droit comparé sur l'âge en matière de capacité nuptiale et sur les tiers consentements requis en vue du mariage. Bruxelles, 1926.
- La filiation adoptive en droit comparé. Bruxelles, 1926.
- OTT (C.). — La puissance paternelle du Code civil suisse. Thèse, Neuchâtel, 1911.
- PERREAU (E. H.). — Technique de la jurisprudence en droit privé, 2 vol. Paris, 1923.
- PLANIOL. — Traité élémentaire de droit civil, 3 vol.; t. I, 11^e édit.; t. II, 10^e édit.; t. III, 10^e édit. Paris, 1928-1926-1927.
- PLANIOL, RIPERT et SAVATIER. — Traité pratique de droit civil français, t. I, Les personnes. Paris, 1925.
- PLANIOL, RIPERT et ROUAST. — *Ibid.*, t. II, La famille. Paris, 1926.

- POUZOL (A.). — La recherche de la paternité. Paris, 1902.
- PRIOU (J.). — Le divorce et la séparation de corps en droit allemand. Thèse, Paris, 1923.
- RAY (J.). — Essai sur la structure logique du Code civil français. Paris, 1927.
- RÉAU (R.). G. Forssius et R. Martin. — Les lois suédoises sur le mariage traduites en français. Paris, 1925.
- REYMOND (J.). — Des lois d'interprétation et de leur rétroactivité. Paris, 1925.
- ROBERT (H.). — De la condition juridique de l'enfant naturel dans le Code civil suisse et le Code civil allemand. Genève, 1912.
- ROSSEL (V.). — Manuel de droit fédéral des obligations, 2 vol. Lausanne-Genève, 1920.
- ROSSEL et MENTHA. — Manuel de droit civil suisse, 3 vol., 2^e édit. Lausanne-Genève.
- ROUAST. — La condition juridique de l'enfant conçu avant et né pendant le mariage. (*Revue trimestrielle de droit civil*, 1927, p. 137 et s.)
- ROUX (A.). — De la condition juridique des enfants naturels dans le Code civil allemand. Thèse, Paris, 1902.
- RUBIER (P.). — Distinction de l'effet rétroactif et de l'effet immédiat de la loi. (*Revue trimestrielle de droit civil*, 1928, p. 579 et s.)
- RUBY (A.). — Le courtage matrimonial. Paris, 1925.
- RUGGIERO (R. de). — Istituzioni di diritto civile, 2 vol., 4^e édit. Messina-Roma, 1926.
- SALEILLES. — Introduction à l'étude du droit civil allemand. Paris, 1904.
- De la personnalité juridique. — Histoire et théories, 2^e édit. Paris, 1922.
- SALVAT (R.). — Tratado de derecho civil argentino, Parte General, 4^e édit. Buenos-Aires, 1928.
- SANCHEZ DE BUSTAMANTE Y SIRVEN (A.). — La commission des jurisconsultes de Rio de Janeiro et le droit international. Traduit de l'espagnol par M. P. Goulé. Paris, 1928.
- SAVIGNY. — Traité de droit romain. Traduit de l'allemand par M. Ch. Guenoux, 8 vol. Paris, 1855-1860.

- SCHERER (M. G. V.). — Principales différences entre le Code Napoléon (1804) et le Code Guillaume II (1900) en suivant l'ordre du Code Napoléon, 2^e édition. Paris, 1927.
- SECRETAN (Ph.). — L'adoption, conditions, effets, révocation. Etude de droit civil comparé. Lausanne, 1914.
- SOLYOM (G.). — La juridiction constitutionnelle aux Etats-Unis et en Suisse. Etude sur le contrôle judiciaire de l'acte législatif. Genève-Paris, 1923.
- SURVILLE. — Cours élémentaire de droit international privé, 7^e édit. Paris, 1925.
- TARRAGATO (E.). — El divorcio en las legislaciones comparadas. Madrid, 1925.
- VALVERDE (C.). — Tratado de derecho civil espanol, 5 vol., 3^e édit. Valladolid, 1925-1926.
- VECCHIO (G. del). — Les principes généraux du droit. Traduit de l'italien par M. E. Demontès. Paris, 1925.
- VUILLE (R.). — La recherche de la paternité d'après le Code civil suisse et la loi fédérale sur les rapports de droit civil. Genève, 1917.
- WAHL. — Le courtage matrimonial. (*Revue trimestrielle de droit civil*, 1904, p. 471 et s.)
- WEISS. — Manuel de Droit international privé, 9^e édit. Paris, 1925.
-

TABLE DES MATIÈRES

Abréviations	9
--------------------	---

INTRODUCTION

§ 1. *La réforme et l'unification du droit privé de l'Amérique Latine.*

1. La réforme des Codes	11
2. L'unification du droit privé américain	13
3. Objet de cette étude	16

§ II. *Le Code Civil chilien.*

4. Historique	17
5. L'expansion du Code civil chilien	18
6. Les sources	20
7. Le contenu et le plan. — Référence aux Codes allemand, brésilien et suisse	20

TITRE PRELIMINAIRE

8. Remarque	29
-------------------	----

SECTION I — DES SOURCES DU DROIT

§ I. *La loi.*

9. I. Définition	29
10. II. La constitutionnalité des lois. — La déclaration d'in- constitutionnalité	30
11. III. Promulgation et publication des lois; — Leur entrée en vigueur	34
12. La date des lois	37
13. IV. L'ignorance de la loi et l'erreur de droit	37
14. Droit comparé	38
a) Législations qui ne tiennent pas compte de l'erreur de droit	38
b) Législations qui tiennent compte de l'erreur de droit	39
15. Conclusion	41

§ II. La coutume.

16.	Historique	42
17.	Le Code Civil	42
18.	Droit comparé	43
	a) Code espagnol et Code civil suisse	44
	b) Code italien et Code brésilien	44
	c) Code français et Code allemand	45
19.	Conclusion	47

§ III. La jurisprudence.

20.	Faible importance de cette source au Chili. — Renvoi ...	48
-----	--	----

SECTION II — DES EFFETS DE LA LOI RELATIVEMENT AU TEMPS

21.	I. Lois dispositives	48
	a) La Constitution politique	48
	b) Le Code civil	49
	c) La loi du 7 octobre 1861	51
22.	II. Lois interprétatives. — Utilité d'une disposition	53

SECTION III — DES EFFETS DE LA LOI RELATIVEMENT
AUX PERSONNES ET AU TERRITOIRE

23.	I. Droit civil et Droit international privé	55
24.	II. Etat et capacité des personnes. — Etat et capacité des étrangers au Chili	57
25.	Etat et capacité des Chiliens à l'étranger	58
26.	Critique	58
27.	III. Les biens	60
28.	IV. Les contrats	62
29.	V. Les successions	64
30.	VI. La forme des actes. — Dispositions	66
31.	Actes pour lesquels la loi chilienne et la loi étrangère exi- gent l'instrument authentique	67
32.	Actes pour lesquels la loi chilienne et la loi étrangère n'exigent pas l'instrument authentique	68
33.	Actes pour lesquels la loi chilienne exige l'instrument authentique et la loi chilienne ne l'exige pas	69
34.	Actes dressés à l'étranger par un fonctionnaire chilien ...	70
35.	VII. Conclusions	72

SECTION IV — DE L'INTERPRÉTATION DE LA LOI

§ I. Interprétation doctrinale

36.	Influence de la doctrine française	73
-----	--	----

§ II. Interprétation législative

37.	Dispositions	74
-----	--------------------	----

§ III. *Interprétation judiciaire*

38. I	Sa force obligatoire	74
39. II.	La Cour Suprême 	75
40. III.	Règles d'interprétation	75
	a) Interprétation proprement dite.....	75
	b) Cas où la loi n'a pas statué.....	78
41.	Droit comparé. — Codes civils français, autrichien, italien, portugais, espagnol, brésilien, suisse et allemand	78
42.	Conclusion	83
43. IV.	Appendice. — Définitions	86

SECTION V — DE L'ABROGATION DE LA LOI

44.	Formes	87
45.	La désuétude	88

LIVRE I

DES PERSONNES

TITRE I. DES PERSONNES EN GENERAL

Chapitre premier. — Des personnes et du commencement de leur existence

46. I.	Définition	93
47. II	L'enfant conçu	94
48.	Epoque de la conception. — Droit comparé.....	95
49. III.	L'enfant né. — L'existence avec vie et la viabilité. — Droit comparé	97

Chapitre II. — De la nationalité et du domicile

§ I. *La nationalité.*

50.	Le Code civil chilien ne l'a pas réglementée.....	100
-----	---	-----

§ II. *Le domicile.*

51- I.	Catégories	101
52- II.	Le domicile civil. — Notion.....	102
53.	Pluralité des domiciles.....	102
54.	Nécessité d'un domicile.....	104
55.	Le domicile légal	105
56.	Domiciles spéciaux	106
57.	Conclusion	107

Chapitre III. — De la mort et de l'absence

§ I. De la mort.

58. I. La mort naturelle. — Les comourants.....	108
59. II. La mort civile	109

§ II. L'absence.

60. I. Systèmes législatifs en matière d'absence.....	110
a) Système de la déclaration de décès. — Codes civils autrichien et allemand.....	111
b) Système de la déclaration d'absence. — Codes civils français, italien et espagnol.....	113
c) Système intermédiaire. — Codes civils chilien, argentin, brésilien. Le droit suisse.....	115
61. II. Analyse critique du système du Code chilien. — L'ab- sence et la déclaration du décès présumé.....	116
62. La période d'envoi en possession provisoire.....	118
63. La période d'envoi en possession définitif.....	120
64. Les droits ouverts au disparu pendant l'absence.....	122
65. Cessation de l'envoi en possession définitif.....	123
66. Etendue de la restitution.....	124
67. Jugements déclaratifs en cas de mort certaine.....	125
68. III. Conclusion	126

TITRE II. ETAT DES PERSONNES

Chapitre premier. — Du mariage

69. Code civil et loi du 10 janvier 1884 sur le mariage civil (L. M. C.)	129
---	-----

SECTION I — LES FIANÇAILLES

70. I. Le Code chilien	129
71. II. Droit comparé. — Droit anglais.....	132
72. Droit français	133
73. Code italien	135
74. Code espagnol	136
75. Code autrichien	136
76. Code allemand	136
77. Code civil suisse, etc.....	139
78. III. Conclusion	143
79. IV. Appendice. — Le courtage matrimonial.....	144

**SECTION II — DES CONDITIONS REQUISES POUR CONTRACTER
MARIAGE ET DES EMPÊCHEMENTS**

1. L'âge nuptial.

80. Droit chilien et étranger.....	146
------------------------------------	-----

2. *Le consentement des époux.*

81.	I. Aliénation mentale. — Droit chilien et droit étranger...	148
82.	II. Mutité et surdi-mutité. — Droit chilien et droit étranger.	152
83.	III. Vices du consentement	154
84.	L'erreur. — Droit chilien et droit étranger.....	154
85.	Le dol. — <i>Ibid</i>	159
86.	La violence et le rapt.....	164
87.	Conclusion	164

3. *Le consentement des ascendants ou du curateur.*

88.	I Mineurs. — Législation et observations.....	165
89.	Refus du consentement. — Droit comparé.....	167
90.	Sanction du défaut de consentement. — <i>Ibid</i>	169
91.	II Interdits	170

4. *L'impuissance.*

92.	Droit chilien et étranger.....	171
-----	--------------------------------	-----

5. *Parenté et alliance.*

93.	Droit chilien et étranger.....	172
-----	--------------------------------	-----

6. *Homicide et adultère.*

94.	Droit chilien et étranger.....	175
-----	--------------------------------	-----

7. *Tuteur et curateur.*

95.	Droit chilien et étranger.....	176
-----	--------------------------------	-----

8. *Secondes noces.*

96.	Délai pour se remarier. — Droit chilien et étranger.....	177
97.	Sanction. — <i>Ibid</i>	179
98.	Conflits de paternité. — <i>Ibid</i>	179
99.	Autres empêchements	180

SECTION III — LES FORMALITÉS DU MARIAGE

100.	Publications et oppositions.....	181
101.	Le mariage par procuration. — Droit chilien et étranger.	182

SECTION IV — NULLITÉS DE MARIAGE

§. I. *Règles sur la matière.*

102.	Solutions adoptées par la loi chilienne.....	183
------	--	-----

103.	Observations tirées du droit comparé.....	186
	1) La grossesse fin de non-recevoir.....	186
	2) L'incompétence et le défaut de formalités.....	187
	3) La confirmation en cas d'aliénation mentale....	189
	4) La confirmation en cas de vice du consentement	190
	5) L'autorité de la chose jugée.....	191

§ II. *Le mariage putatif.*

104.	Dispositions	191
105.	Observations tirées du droit comparé.....	192
	1) Bonne foi et juste cause d'erreur. — Hypothèse de la violence	192
	2) Survivance de la bonne foi.....	193
	3) Défaut de formalités.....	194
	4) Charge de la preuve	195
	5) Légitimité et légitimation des enfants.....	196
	6) La situation des époux et leurs relations avec les enfants	198

SECTION V — EFFETS DU MARIAGE

106.	Observation	188
------	-------------------	-----

SECTION VI — LE DIVORCE ET LA SÉPARATION DE CORPS

§ I. *Le divorce.*

107.	Son inexistence dans la législation chilienne.....	200
------	--	-----

§ II. *La séparation de corps.*

108.	Catégories	202
109.	Séparation de corps perpétuelle, — Causes.....	202
	Effets	204
110.	Séparation de corps temporaire, — Causes.....	205
	Effets	206
111.	Conclusions	207

Chapitre II. — La filiation

SECTION I — CLASSIFICATION

112.	I. Filiation légitime	208
113.	II. Filiation illégitime	209
114.	III. Filiation adoptive. — Lacune du Code.....	212

SECTION II — LA FILIATION LÉGITIME

§ I. Les enfants légitimes.

115. I. Le mariage putatif	213
116. II. La présomption de paternité. Observations et droit comparé	213
117. III. Le désaveu. Causes.....	218
118. Personnes qui peuvent agir en désaveu.....	220

§ II. Les enfants légitimés.

119. I. Mariage subséquent	221
120. II. Enfants pouvant être légitimés.....	222
a) Les enfants adultérins. Observations et droit comparé	222
121. b) Les enfants incestueux	227
122. c) Les enfants sacrilèges.....	229
123. III. Formes de la légitimation. Observations et droit comparé	231
124. IV. Conclusions	236

SECTION III — LA FILIATION ILLÉGITIME

§ I. Les enfants « naturels ».

125. Observations	237
-------------------------	-----

§ II. Les enfants illégitimes non reconnus solennellement.

126. But de la recherche de la filiation illégitime.....	242
127. Recherche de la paternité. Citation du père devant le juge	242
128. Rapt.....	242
129. Mariage nul	243
130. Recherche de la maternité	243
131. Enfants adultérins, incestueux ou sacrilèges.....	245

§ II. Droit comparé et conclusions

132. I. Résumé du droit chilien.....	245
133. II. Droit français	246
134. Droit italien	249
135. Droit espagnol	251
136. Droit brésilien	252
137. III. Droit anglais	256
138. IV. Droit allemand	257
139. Droit autrichien	260
140. V. Droit suisse	261
141. VI. Droit soviétique	264
142. VII. Conclusions	268

Chapitre III. — Des preuves de l'état civil

143.	Les actes de l'état civil.....	270
144.	Le mariage et la filiation légitime.....	271
145.	La filiation illégitime.....	272
146.	La mort et l'âge.....	272
147.	Autorité de la chose jugée.....	273

Chapitre IV. — De l'obligation alimentaire

148.	Sa place dans le Code chilien.....	276
149.	Personnes tenues de la dette alimentaire.....	276
150.	Obligation successoriale.....	281
151.	Etendue et caractères de la dette alimentaire. Aliments congrus et nécessaires.....	281
152.	Indivisibilité et solidarité.....	282
153.	Transmissibilité.....	283
154.	Le bénéfice de compétence.....	284

TITRE III. LES INCAPABLES

Chapitre premier. — Les mineurs

SECTION I — MINORITÉ ET MAJORITÉ

155.	Idée générale du système chilien.....	285
------	---------------------------------------	-----

SECTION II — LA PUISSANCE PATERNELLE

156.	Généralités sur le système chilien.....	287
------	---	-----

§ I. Des droits et des devoirs entre parents et enfants

157.	I. Enfants légitimes.....	289
	A) Obligation de respect, obéissance et secours.....	289
158.	Le droit de garde.....	290
159.	Le droit de correction.....	291
160.	Le droit d'éducation et de direction.....	292
161.	Déchéance des droits.....	293
162.	B) Devoir d'entretien et d'éducation.....	294
163.	II. Enfants « naturels ».....	296
164.	III. Enfants illégitimes non reconnus solennellement.....	298

§ II. La « patria potestad ».

1. — Des sujets et des effets de la « patria potestad ».

165.	Notion de la « patria potestad » et personnes à qui elle appartient.....	299
166.	Le droit d'usufruit légal. — Distinction des pécules.....	300
167.	L'administration légale.....	302
168.	Représentation de l'enfant.....	304

2. — L'extinction de la « patria potestad » : l'émancipation.

169.	Notion et formes de l'émancipation.....	307
170.	L'émancipation légale.....	308
171.	L'émancipation judiciaire.....	309
172.	L'émancipation volontaire.....	312
173.	Conclusion.....	313

3. — Suspension de la « patria potestad ».

174.	Dispositions et observations.....	313
------	-----------------------------------	-----

SECTION III — LA TUTELLE ET LA CURATELLE

175.	Personnes soumises à tutelle et à curatelle. Droit comparé.....	315
176.	Différences entre la tutelle et la curatelle des mineurs..	320
177.	Organes de la tutelle et de la curatelle.....	325
178.	La garantie.....	329
179.	Rémunération.....	331
180.	Gestion de la tutelle et de la curatelle.....	322

SECTION IV — L'HABILITATION D'ÂGE

181.	Notion.....	334
182.	Habilitation d'âge légale.....	334
183.	Habilitation d'âge judiciaire.....	335
184.	Capacité du mineur, habilité d'âge.....	337
185.	Irrévocabilité.....	339
186.	Conclusion.....	339

SECTION V — SANCTION DE L'INCAPACITÉ DES MINEURS

§ I. Droit chilien.

187.	Résumé.....	340
------	-------------	-----

§ II. Droit comparé et conclusions

188.	I. Système qui ne tient pas compte de la lésion.....	342
	Code italien.....	342

	Code allemand	342
	Code civil suisse	346
	Code brésilien	347
189. II.	Système qui tient compte de la lésion.....	347
	Code français	347
	Projet franco-italien	349
190. III.	Conclusion	349

Chapitre II. — Les aliénés, les sourds-muets et les prodiges

SECTION I — INCAPACITÉ ET INTERDICTION

191.	Interdiction légale	351
192.	Interdiction judiciaire	352
193.	Incapacité légale sans interdiction.....	352

SECTION II — LES ALIÉNÉS

§ I. Droit chilien.

194.	Cas d'interdiction	353
195.	Etendue et sanction de l'incapacité des aliénés.....	355
	Aliénés interdits ou internés	355
196.	Aliénés non interdits ni internés	357
197.	Actes du représentant légal de l'aliéné.....	360

§ II. Droit comparé et conclusions.

198.	Droit anglais	361
199.	Droit français	363
200.	Droit italien	368
201.	Droit allemand	371
202.	Droit suisse	376
203.	Droit espagnol	380
204.	Droit brésilien	381
205.	Conclusion	382

SECTION III — LES SOURDS-MUETS

§ I. Droit chilien.

206.	Cas d'interdiction	383
207.	Etendue et sanction de l'incapacité des sourds-muets ..	384

§ II. Droit comparé et conclusions

208.	Droit anglais	386
209.	Droit français	386
210.	Droit italien	387

211.	Droit espagnol	388
212.	Droit allemand	389
213.	Droit suisse	390
214.	Droit brésilien	391
215.	Conclusions	392

§ III. Appendice. — *Les aveugles.*

216.	Observations	393
------	--------------------	-----

SECTION IV — LES PRODIGES

§ I. *Droit chilien.*

217.	Cas d'interdiction	394
218.	Etendue et sanction de l'incapacité des prodiges.....	395

§ II. *Droit comparé et conclusions*

219.	Droit anglais	398
220.	Droit français	399
221.	Droit italien	402
222.	Droit espagnol	404
223.	Droit brésilien	405
224.	Droit allemand	407
225.	Droit suisse	408
226.	Conclusions	408

Chapitre III. — *Les femmes*

227.	La femme	411
228.	La femme mariée	413

TITRE IV. LES PERSONNES JURIDIQUES

229.	Observations	417
	Conclusion	423
	Bibliographie	427
	Table des Matières	435

BORDEAUX. — Imprimerie J. BIÈRE

18, 20, 22, Rue du Peugue.
